ISTITUZIONI

DI

DIRITTO CIVILE ITALIANO

II

Dello stesso Autore

Della distinzione de' beni. Commento al Codice Civile Italiano con la legge Romana, le Sentenze dei Dottori e la Giurisprudenza. *Seconda Edizione*, riveduta e corredata della Giurisprudenza posteriore alla prima. Firenze, 1870. in 8. . . . . *It. L.* 9. —

Delle Servitù legali. Commento al Codice Civile Italiano con la legge Romana, le Sentenze dei Dottori e la Giurisprudenza. *Seconda Edizione*, riveduta e corredata della Giurisprudenza posteriore alla prima. Firenze, 1870. in 6. . . . . » 9. —

Delle Servitù prediali stabilite per fatto dell'uomo con appendice sulle singole specie di servitù. Commento al Codice Civile Italiano con la legge Romana, le Sentenze dei Dottori e la Giurisprudenza. Milano, 1866. in 8. . . . . » 8. —

Delle Locazioni. Commento al Codice Civile Italiano con la legge Romana, le Sentenze dei Dottori e la Giurisprudenza. Modena, 1869, in 8. . . . . » 8. 50

Studio storico sulla successione legittima delle XII tavole al Codice Civile Italiano. Modena, 1870. in 8. . . . . » 5. —

La quistione romana nella seconda fase e la sua soluzione *sul principio* Libera Chiesa Libero Stato. Firenze, 1870. in 8. » — 75

Dizionario di Legislazione e Giurisprudenza civile, commerciale, amministrativa e penale. *Sono pubblicate 46 Dispense.* Ogni dispensa costa. . . . . » 2. —

DI PROSSIMA PUBBLICAZIONE

Istituzioni di Diritto Civile Italiano. Vol. IV. Delle Successioni.

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO CIVILE ITALIANO

DELL'AVVOCATO

EMIDIO PACIFICI-MAZZONI

PROFESSORE DELLO STESSO DIRITTO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

LIBRO I.

DELLE PERSONE

SECONDA EDIZIONE

RIVEDUTA E CORREDATA DELLA GIURISPRUDENZA POSTERIORE
ALL'ATTUAZIONE DEL NUOVO CODICE CIVILE

FIRENZE
EUGENIO E FILIPPO CAMMELLI
Editori-Librai — Piazza della Signoria

1871

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO CIVILE ITALIANO

DELL' AVVOCATO

EMIDIO PACIFICI-MAZZONI

PROFESSORE DELLO STESSO DIRITTO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

SECONDA EDIZIONE

RIVEDUTA E CORREDATA DELLA GIURISPRUDENZA POSTERIORE
ALL'ATTUAZIONE DEL NUOVO CODICE CIVILE

Intendimento, Ordine e Metodo dell' Opera

Fatta, se non compiuta, l' Italia, tutta l' operosità nazionale si va concentrando nell' interno ordinamento, e al grido *all' armi* è succeduto il grido *al lavoro, allo studio.*

Un campo di operosità quanto vasto, tanto fertile, è offerto dalla nuova Legislazione. Più motivi debbono esserci di sprone a porre alacremente la mano a quest' opera; la grandezza della stessa Legislazione, la necessità e l' utilità della sua interpretazione pe' bisogni della vita pratica, e carità di patria gloria, che di grandissima che fu anche nella Scienza del Diritto, cadde assai in basso.

Il primo pensiero per compiere il risorgimento delle scienze giuridiche, si rivolge naturalmente alla novella generazione che deve coronare l' opera della ricostituzione nazionale. È quindi necessario anzitutto che i giovani che s' iniziano negli studii giuridici, siano indirizzati sin dal loro esordire, ai severi studii delle liberali teorie della nuova Legislazione.

Tale pensiero mi ha indotto a dettare queste Istituzioni di Diritto Civile Italiano.

Ad alcuni potrà forse sembrare opera prematura e conseguentemente non facile; pur tuttavia considerando che il nostro Codice Civile, o segue fedelmente il Napoleonico, e i Codici che già ressero i varii Stati d'Italia, o li emenda da' difetti scoperti dalla pratica, adottando arditamente i desiderati della scienza, essa opera non è in sostanza tanto malagevole, quanto a primo aspetto possa mai apparire; perciocchè sono di sommo, continuo e diretto sussidio gli studii veramente classici fatti sul Codice Napoleonico, la Giurisprudenza francese e italiana e i dettati della scienza pervenuta a grande altezza.

Ben vero (la vergogna della confessione non ci avvilisca, ma ci sproni) a noi manca l'alimento di quell'atmosfera di sapienza giuridica, in cui vivono Americani, Inglesi, Francesi e Alemanni. Ma perciò dovremmo tutto lasciare intentato nel principio e per parecchi lustri avvenire? Dovremmo per tanto tempo lasciare i giovani senza un libro, su cui leggere, meditare e discutere? ovvero affidar loro il solo testo del Codice di prontissima o stentatissima intelligenza, secondo che si legge o si studia? Fra il far nulla e fare un' opera utile, per quanto imperfetta, non v' ha da esitare. La difficoltà dell' opera in sè, accresciuta dalla novità della Legislazione, può meritare all' Autore una critica benevolmente giusta, ma non la condanna.

L' ordine del Codice mi è sembrato logico quanto basta per non rinunziare al rilevante vantaggio di seguirlo nello studio e di presentarne le varie parti con quel legame, che già fu nella mente del Legislatore. Mi sollecitava poi a non cambiarlo l' esempio di Gaio, seguito da Giustiniano, le Istituzioni de' quali, come è saputo, sono dettate in generale coll' ordine medesimo del nostro Codice.

Coll' ordine ho conservato necessariamente la divisione de'tre Libri, dei Titoli e dei Capi. Ma seguendo l' esempio offerto in qualche luogo dal Codice, ho diviso il Capo in Sezioni, queste in Paragrafi e i Paragrafi in Articoli, e in fine tutta la materia in Numeri, in testa ai quali è indicato sommariamente il soggetto che vi si tratta. Però tutte queste divisioni e suddivisioni sono adoperate con parsimonia, e solo quando la distribuzione della materia arreca l' utilità della chiarezza, non mai troppa, specialmente in libri intesi all' istruzione.

Il metodo è in generale dommatico (senza però tralasciare di rendere ragione della legge e della sua interpretazione); ma in note intercalate nel testo ho discusso con più o meno abbondanza i soggetti di

grande e ancor viva questione; ho dato conto delle controversie minori quasi estinte ed anche estinte, citando in nota i Dottori che ne hanno proposto le varie od opposte soluzioni; e da ultimo ho costantemente appoggiato l'interpretazione di legge all'autorità dei più eminenti giureconsulti dei nostri tempi, affinchè al bisogno possano le singole decisioni largamente e profondamente studiarsi nelle loro classiche opere.

Con questo metodo, sussidiato dalle note, parmi che il passaggio dallo studio alla pratica non debba essere arduissimo, e che queste Istituzioni possano essere di facile e di utile sussidio anche ai pratici.

La gioventù studiosa, per la cui istruzione ho intrapreso quest'Opera, e la curia italiana, che già bene accolse gli altri miei scritti giuridici e che non è stata da me dimenticata in questo secondo lavoro, vogliano gradire la ferma e buona volontà che ho di fare loro cosa utile.

Tale dichiarazione io premisi alla prima edizione di quest'Opera, incominciata nel 1866. Intorno alla seconda, che imprendo, debbo accennare che mi sono studiato di migliorare l'Opera il più che ho saputo e potuto. Messi da parte gli emendamenti di mera forma, che sono la nuova disposizione de'sommarii raccolti sotto le rubriche dei Titoli, Capi, Sezioni ecc., l'Indice alfabetico generale, e una più parca divisione della materia, noterò innanzi tutto di aver modificato all'uopo l'ordine della esposizione, e corretto il soverchio laconismo, specialmente quando noceva alla chiarezza e faceva apparire men preciso il concetto. Non ho tralasciato di sviluppare in nuove note, con sufficiente larghezza, le ragioni delle più importanti dottrine controverse, e di giustificare quelle che ho creduto di continuare a seguire, sebbene combattute, o le diverse novamente adottate; essendomi sempre ben guardato di persistere nella opinione emessa, che in seguito abbia riconosciuto erronea. Mi sono dato cura di arricchire l'Opera delle dottrine de' più recenti e rinomati scrittori di diritto civile, de' quali ricorderò specialmente, fra gli stranieri, il professor Laurent, e fra i nostri, i professori Bianchi, Buniva, Gabba, Saredo e Serafini. Nè ho dimenticato le molte e dotte monografie pubblicate dai varii giornali giuridici della Penisola e, in special modo, dall'Archivio Giuridico. In fine ho stimato conveniente e utile di corredare questa seconda edizione della giurisprudenza posteriore all'attuazione del nuovo Codice Civile.

Sino a qual punto e con qual fortuna io sia riuscito ad attuare questi miei propositi, ne lascio giudice e la Scuola ed il Foro. In ogni caso,

Tale pensiero mi ha indotto a dettare queste Istituzioni di Diritto Civile Italiano.

Ad alcuni potrà forse sembrare opera prematura e conseguentemente non facile; pur tuttavia considerando che il nostro Codice Civile, o segue fedelmente il Napoleonico, e i Codici che già ressero i varii Stati d'Italia, o li emenda da' difetti scoperti dalla pratica, adottando arditamente i desiderati della scienza, essa opera non è in sostanza tanto malagevole, quanto a primo aspetto possa mai apparire; perciocchè sono di sommo, continuo e diretto sussidio gli studii veramente classici fatti sul Codice Napoleonico, la Giurisprudenza francese e italiana e i dettati della scienza pervenuta a grande altezza.

Ben vero (la vergogna della confessione non ci avvilisca, ma ci sproni) a noi manca l'alimento di quell'atmosfera di sapienza giuridica, in cui vivono Americani, Inglesi, Francesi e Alemanni. Ma perciò dovremmo tutto lasciare intentato nel principio e per parecchi lustri avvenire? Dovremmo per tanto tempo lasciare i giovani senza un libro, su cui leggere, meditare e discutere? ovvero affidar loro il solo testo del Codice di prontissima o stentatissima intelligenza, secondo che si legge o si studia? Fra il far nulla e fare un' opera utile, per quanto imperfetta, non v' ha da esitare. La difficoltà dell' opera in sè, accresciuta dalla novità della Legislazione, può meritare all' Autore una critica benevolmente giusta, ma non la condanna.

L'ordine del Codice mi è sembrato logico quanto basta per non rinunziare al rilevante vantaggio di seguirlo nello studio e di presentarne le varie parti con quel legame, che già fu nella mente del Legislatore. Mi sollecitava poi a non cambiarlo l' esempio di Gaio, seguito da Giustiniano, le Istituzioni de' quali, come è saputo, sono dettate in generale coll' ordine medesimo del nostro Codice.

Coll' ordine ho conservato necessariamente la divisione de'tre Libri, dei Titoli e dei Capi. Ma seguendo l' esempio offerto in qualche luogo dal Codice, ho diviso il Capo in Sezioni, queste in Paragrafi e i Paragrafi in Articoli, e in fine tutta la materia in Numeri, in testa ai quali è indicato sommariamente il soggetto che vi si tratta. Però tutte queste divisioni e suddivisioni sono adoperate con parsimonia, e solo quando la distribuzione della materia arreca l' utilità della chiarezza, non mai troppa, specialmente in libri intesi all' istruzione.

Il metodo è in generale dommatico (senza però tralasciare di rendere ragione della legge e della sua interpretazione); ma in note intercalate nel testo ho discusso con più o meno abbondanza i soggetti di

grande e ancor viva questione; ho dato conto delle controversie minori quasi estinte ed anche estinte, citando in nota i Dottori che ne hanno proposto le varie od opposte soluzioni; e da ultimo ho costantemente appoggiato l'interpretazione di legge all'autorità dei più eminenti giureconsulti dei nostri tempi, affinchè al bisogno possano le singole decisioni largamente e profondamente studiarsi nelle loro classiche opere.

Con questo metodo, sussidiato dalle note, parmi che il passaggio dallo studio alla pratica non debba essere arduissimo, e che queste Istituzioni possano essere di facile e di utile sussidio anche ai pratici.

La gioventù studiosa, per la cui istruzione ho intrapreso quest'Opera, e la curia italiana, che già bene accolse gli altri miei scritti giuridici e che non è stata da me dimenticata in questo secondo lavoro, vogliano gradire la ferma e buona volontà che ho di fare loro cosa utile.

Tale dichiarazione io premisi alla prima edizione di quest'Opera, incominciata nel 1866. Intorno alla seconda, che imprendo, debbo accennare che mi sono studiato di migliorare l'Opera il più che ho saputo e potuto. Messi da parte gli emendamenti di mera forma, che sono la nuova disposizione de'sommarii raccolti sotto le rubriche dei Titoli, Capi, Sezioni ecc., l'Indice alfabetico generale, e una più parca divisione della materia, noterò innanzi tutto di aver modificato all'uopo l'ordine della esposizione, e corretto il soverchio laconismo, specialmente quando noceva alla chiarezza e faceva apparire men preciso il concetto. Non ho tralasciato di sviluppare in nuove note, con sufficiente larghezza, le ragioni delle più importanti dottrine controverse, e di giustificare quelle che ho creduto di continuare a seguire, sebbene combattute, o le diverse novamente adottate; essendomi sempre ben guardato di persistere nella opinione emessa, che in seguito abbia riconosciuto erronea. Mi sono dato cura di arricchire l'Opera delle dottrine de' più recenti e rinomati scrittori di diritto civile, de' quali ricorderò specialmente, fra gli stranieri, il professor Laurent, e fra i nostri, i professori Bianchi, Buniva, Gabba, Saredo e Serafini. Nè ho dimenticato le molte e dotte monografie pubblicate dai varii giornali giuridici della Penisola e, in special modo, dall'Archivio Giuridico. In fine ho stimato conveniente e utile di corredare questa seconda edizione della giurisprudenza posteriore all'attuazione del nuovo Codice Civile.

Sino a qual punto e con qual fortuna io sia riuscito ad attuare questi miei propositi, ne lascio giudice e la Scuola ed il Foro. In ogni caso,

spero che l'uno e l'altro, che finora mi furono cotanto larghi di benevolenza, riconosceranno il buon volere che costantemente mi anima, di far cosa meno indegna del loro favore, o almeno ad essi non inutile del tutto; e che in considerazione del buon volere, daranno venia indulgente ai molti difetti che troveranno anco in questa seconda edizione.

Prof. Emidio Pacifici-Mazzoni

Nota. — L'Autore dichiara che egli per molte ragioni è obbligato di regolar l'ordine della pubblicazione de' singoli volumi sui Corsi d'insegnamento che è stato chiamato a fare nella Università romana. Perciò primo ad essere pubblicato è il volume II; che conterrà la esposizione del Libro I del Codice. Formeranno soggetto del volume I (che però sarà pubblicato per ultimo) i Prolegomeni del Diritto, ossia la esposizione delle Disposizioni preliminari del Codice, facendovi specialmente larga parte alla Teoria della retroattività delle Leggi, e più ancora al Diritto internazionale privato.

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO CIVILE ITALIANO

LIBRO PRIMO

DELLE PERSONE

SOMMARIO

1. Divisione del Diritto Civile in tre parti: la prima parte ha per oggetto le persone.
2. Sotto quali rapporti le persone formino oggetto del Diritto Civile. Che cosa sia una persona. Della distinzione delle persone in naturali e giuridiche.
3. Quale sia la persona naturale. Nascita, vita e vitalità della medesima.
4. Quale sia la persona giuridica. Può constare di un'associazione di persone o di un aggregato di diritti. Capacità delle persone giuridiche. Rapporti d'interesse privato fra le persone giuridiche e i terzi. Esercizio dei diritti ed azioni spettanti ad una persona giuridica.
5. Dello stato delle persone: stato di cittadinanza e stato di famiglia. Lo stato delle persone in qual senso è indivisibile? Le varie qualità costituenti lo stato sono per i possessori una specie di proprietà: conseguenze.
6. Da quali estremi sia determinato e fissato lo stato. Potrà modificarsi fra tali estremi?
7. Della capacità giuridica delle persone. Può essere politica e civile.
8. Esposizione compendiosa e divisione della materia di questa prima parte, concernente le persone.

1. Il Legislatore ha diviso il Diritto Civile in tre parti; la prima delle quali ha per oggetto le persone; la seconda contiene le leggi sui beni, sulla proprietà e le sue modificazioni;

la terza regola i modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose.[1]

2. Le persone formano oggetto del Diritto Civile, per quanto concerne il loro stato e la loro capacità giuridica.[2]

Chiamasi persona ogni ente capace di essere subietto di diritti.[3]

Le persone si distinguono in *naturali* e *giuridiche*, secondo che la loro individualità sia opera della natura o creazione della legge.

3. È persona naturale ogni uomo nato vivo e vitale.[4]

L'uomo è nato allora che sia separato del tutto dal seno della madre. È affatto indifferente che la separazione abbia avuto luogo per opera della natura o col mezzo dell'arte.[5] Ma quantunque il feto nell'alvo materno non abbia esistenza propria e sia quasi una parte delle viscere materne,[6] una speranza di uomo più che uomo; tuttavia la legge lo protegge nella spe-

---

[1] Ho riprodotto le rubriche messe dal Legislatore in testa ai tre libri, in cui ha diviso il Codice. Nei rispettivi luoghi ne ho esaminato il valore e determinato il significato e l'estensione (Vedi Lib. I, n. 2, testo e nota 1; Lib. II, nota alla rubrica; Lib. III, idem). Qui mi limito a ricordare che i diritti privati o civili presuppongono un *subietto*, cui spettano, cioè una persona naturale o giuridica; un *obietto* sottoposto al titolare dei diritti; un *fatto*, come modo legittimo di acquisto dei diritti; in fine un *mezzo* per farli valere in giudizio. Di quest'ultimo si occupa il Codice di procedura; degli altri il Codice civile. L'ordine di tali materie però non corrisponde sotto molti rapporti alle indicazioni della teoria: ma è comunemente riconosciuto come utile in pratica.

[2] La voce persona è adunque qui presa nello stesso senso, in cui fu usata da Gaio e, dopo lui, da Giustiniano: Omne ius quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones (Gaius, I, 8; Vedi Savigny, Trattato del Diritto romano, 1, LIX).

[3] Persona (da *personare*, risuonare) era chiamata la maschera, di cui presso i Romani si servivano i comici per fare più sonora la voce. Dalla maschera il nome di *persona* passò all'attore rappresentante una parte del dramma; e dall'attore nel teatro a tutti gli uomini, quasi rappresentanti nel mondo una parte della vita della famiglia e società.

[4] Nel Diritto patrio ogni uomo è *persona*, soggetto cioè capace di diritti. Nel Diritto romano al contrario per effetto della schiavitù, il concetto di persona era più ristretto del concetto di uomo.

[5] Leg. 12 princ. D. de liberis, XXVIII, 2.

[6] Leg. 1, D. de inspico ventre, XXV, 4; Leg. 9, D. ad Leg. Falc. XXXV, 2.

ranza della sua nascita. Anzi con benigna finzione lo reputa nato tostochè concepito, ove si tratti del suo vantaggio;[1] e gli riserva i diritti che a lui sarebbero in effetto devoluti, se nato, pel caso che verrà alla luce (arg. art. 724, 764 e 1053). E appunto per provvedere nel miglior modo agl' interessi di lui, la legge dà al potere giudiziario la facoltà di nominare un curatore al ventre (art. 236).

Nasce vivo quegli che, separato dal seno materno, ha respirato in modo completo. Se l'infante muore prima di essere separato dal seno materno, si reputa che non sia nato; anzi che non sia stato neppure concepito:[2] nulla rileva che la morte sia avvenuta nell'alvo materno o durante il travaglio del parto.[3] La prova della vita del neonato può farsi con tutti i mezzi e specialmente colla testimonianza delle persone che hanno assistito al parto, e colle investigazioni medico legali. Essa, giusta i principî generali incombe a chi, in nome del neonato reclami un diritto (arg. art. 42).[4]

Da ultimo si presume nato vitale quegli che è nato vivo; quand'anche sia morto subito dopo la nascita (art. 724 capov. ult. e art. 1053). Tale presunzione però cessa, ove l'infante venga a luce prima di cento ottanta giorni dal concepimento, sebbene sia vissuto qualche tempo. Il tempo del concepimento si determina dagli ostetrici colle norme stabilite dall'arte ostetrica (arg. art. 159 e 161).[5] Al contrario l'anzidetta presunzione non può distrug-

---

[1] Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis eius agatur, quamquam alii nequaquam prosit (Leg. 7, D. de statu homin. I, 5).

[2] Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur (Leg. 129, D. de verb. sign. L, 16).

[3] Savigny, Trat. del Dir. rom. II, § LX.

[4] Bianchi, Corso elementare di Diritto civile italiano, I, 205.

[5] Merlin, Rép. v° Vie, § 1 e 2; Chabot, Des successions, art. 725, n. 12; Toullier, IV, 97; Vazeille, Des successions, art. 725, n. 3; Malpel, Des successions n. 25; Magnin, Des minorités, I, 248; Troplong, Des donat. et test. II, 601; Aubry e Rau, I, § 53, pag. 180. Il signor Demolombe (XIII, 187), seguendo il suo maestro Demante (III, 32 bis III), reputa che tutto al più nel dubbio potrà propendersi ad escludere la vitalità della creatura venuta alla luce prima di centottanta giorni dal suo concepimento. Il professor Serafini nelle sue auree

gersi colla prova che l'infante nato cento ottanta giorni dopo il concepimento e sopravvissuto alcuni istanti soltanto, mancava di alcuno degli organi essenziali alla vita, o era affetto da un vizio di conformazione che gl'impediva di vivere.[1]

Le deformità fisiche e le infermità intellettuali, qualunque esse siano, non nuocciono punto alla personalità, perchè essa è essenziale attributo di ogni creatura umana.[2]

4. La persona giuridica è una persona capace di diritti patrimoniali, creata dalla legge.

Le persone giuridiche (tralasciato lo Stato attesa la sua speciale e complessa natura; sebbene come soggetto capace di proprietà privata, sia la somma e più importante persona giuridica)

Istituzioni di Diritto romano comparato al Diritto Civile patrio (I, 40 testo e not. 1) seguendo il celebre Savigny (Opera citata, II, Appendice 1ª) contesta in modo assoluto che in base alla disposizione dell'articolo 162 del Codice civile patrio possa escludersi la vitalità del nato prima che siano trascorsi cento ottanta giorni dal suo concepimento; perocchè in esso è quistione di legittimità, e si ha un punto fisso di partenza, il matrimonio. Ma colla più parte degl' interpreti del Diritto moderno reputo che la vitalità si possa escludere nell'anzidetta ipotesi per quella stessa ragione fisiologica che giustifica la esclusione della presunzione di paternità. In altri termini, come il figlio che nasce prima che siano trascorsi cento ottanta giorni dopo il matrimonio e vive, può essere disconosciuto, perchè deve essere stato concepito prima del matrimonio, chè altrimenti sarebbe stato non vitale (art. 161, 3°); così sembrami che possa ritenersi che il figlio il quale nasce prima di cento ottanta giorni dopo il suo concepimento e muore, non sia vitale. È vero che qui manca un punto di partenza fisso; non è però impossibile di stabilire con grande approssimazione il tempo del concepimento, non essendo cosa che la donna tenga nascostissima, e non essendo l'arte del tutto impotente a determinare l'età del feto. Vi rimane, non può negarsi, qualche incertezza sul giorno preciso del concepimento, ma il fatto della morte istantaneamente, o quasi, sopravvenuto alla nascita, toglie, secondo che mi sembra, ogni incertezza.

[1] Serafini, Op. cit. I, 40-41; *contro* Bianchi, I, 204.

[2] In Diritto romano era negata la personalità ai mostri (*monstra vel prodigia*), cioè agli esseri i quali, sebbene nati da una donna, non avevano forma umana (Leg. 14, D. de stat. hom. I, 5; Leg. 135, D. de verb. sign. L, 16; Leg. 3, C. de posth. VI, 29). Ma questa dottrina, quantunque seguita da qualche giurista moderno, è manifestamente erronea; perchè giusta le leggi fisiologiche, dalla donna non può nascere che un uomo (Consulta Eschbach, Revue de Légis. 1847, I, 167; Demolombe V, 112; Aubry e Rau, I, § 53, pag. 180 testo e nota 5).

constano o di un' associazione di persone o di un aggregato di diritti e di beni: le prime sogliono chiamarsi *corporazioni*, le seconde *istituti*. Delle corporazioni ricorderò le province, i Comuni, le società commerciali in nome collettivo, in accomandita semplice o divisa per azioni e la società anonima (art. 106 e 107 Cod. di commercio). Gl' istituti possono essere civili ed ecclesiastici; istituti civili sono, fra gli altri, quelli destinati, sia all'istruzione pubblica, come le università, i licei, i ginnasi e simili; sia alla carità pubblica, come gli ospedali, gli ospizi pe' poveri, gli orfanotrofi e in certo senso i monti di pietà; quelli fondati per ragione d'interessi privati e riconosciuti come istituzioni di pubblica utilità, come le casse di risparmio, le società di mutuo soccorso e di beneficenza. Fra gl' istituti ecclesiastici vanno noverate le chiese, i vescovati, i capitoli, le parrocchie e i cimiteri.

Al contrario non sono persone giuridiche i differenti corpi politici giudiziari e amministrativi; quali il Senato, la Camera dei Deputati, il Consiglio di Stato, la Corte dei conti, le Corti di cassazione, di appello e i tribunali, i Consigli provinciali e comunali. Del pari non sono persone giuridiche nè i circoli letterari, quali i gabinetti di lettura, nè i circoli politici. Non lo sono neppure le società commerciali in partecipazione e l'associazione mutua (art. 106, capov. 5° e 6°, Cod. com.); le società meramente civili;[1] l'eredità vacante e la massa dei creditori di un fallito. Nè in fine lo sono le associazioni religiose.

La costituzione delle persone giuridiche, la loro organizzazione interna, e il modo di amministrazione de' loro beni non appartengono al Diritto Civile; sibbene la loro capacità giuridica, i loro rapporti d'interesse privato coi terzi, e l'esercizio de' loro diritti ed azioni.

La capacità delle persone giuridiche, com'è indicato dalla stessa definizione che n'è stata data, è ristretta ai diritti e alle obbligazioni concernenti il patrimonio (art. 433). Ma entro questi limiti, essa per regola generale è identica a quella delle persone fisiche. Tuttavia per considerazioni di economia politica o per la tutela amministrativa stabilita sopra alcune persone giuridiche per ragione d'interesse pubblico, tale capacità è, sotto certi riguardi,

---

[1] Vedi Lib. III, parte III, n. 5.

ristretta; così, i beni patrimoniali dello Stato non si possono alienare che in conformità delle leggi che li riguardano (art. 430); i beni patrimoniali delle province e dei Comuni sono soggetti a leggi speciali in ordine alle forme della loro amministrazione e alienazione (art. 432); e i beni degl' istituti ecclesiastici non si possono alienare senza l'autorizzazione del Governo (art. 434).

In ordine poi ai rapporti d'interesse privato fra le persone giuridiche e i terzi, essi sono regolati per principio dal Diritto comune; salve le eccezioni stabilite da leggi speciali. Per terzi s'intendono qui tutti coloro che nel loro nome individuale si trovano in un rapporto giuridico con la persona giuridica, quand' anche facciano parte dell' associazione medesima che costituisce quella persona o ne siano anche i rappresentanti.

Per quanto in fine concerne l'esercizio dei diritti ed azioni spettanti ad una persona giuridica, esso si fa mediante un rappresentante, anche allora che la persona giuridica è costituita da un'aggregazione di uomini. Per altro gli associati possono far valere, *ut singuli*, i diritti incontestati della persona giuridica, il godimento de' quali loro appartenga individualmente; così, se sia riconosciuto ad un Comune il diritto di legnare o pascolare sui fondi compresi nel proprio territorio, quel comunista a cui fosse impedito l'esercizio di tal diritto, potrebbe farlo valere contro l'opponente. Ma se al contrario sia contestato lo stesso diritto di legnare e pascolare; in tal caso il legale rappresentante della comunità soltanto può esercitare l'azione per far dichiarare l'esistenza del diritto medesimo.

5. Come si diceva, le persone formano oggetto del diritto per quanto concerne il loro stato e la loro capacità.

Lo stato delle persone è la posizione, la qualità che esse posseggono, considerate come membri della nazione o della famiglia a cui appartengono, con tutti i diritti e le obbligazioni che vi vanno annessi. Perciò lo stato delle persone è duplice: di nazionalità o cittadinanza, e di famiglia.[1] Imperocchè l'uomo nasce anzitutto

[1] Relazione Vigliani, I, 11. Ma l'onorevole e illustre Senatore forse per inavvertenza distingue dallo stato di famiglia quello di tutela. Dico per inavvertenza, perchè la tutela e per diritto positivo e per natura sua appartiene senza dubbio allo stato di famiglia. Nè reputo che almeno di fronte alle tradizioni giu-

alla patria a cui lo legano i vincoli più sacri; e nasce quindi ai congiunti e alla famiglia.

Lo stato di cittadinanza si riassume nelle qualità di cittadino o di straniero; e quello di famiglia nelle qualità di marito e di moglie; di padre o madre e di figlio.[1]

Lo stato di una persona, considerato in sè, o astrattamente, è, per sua essenza, indivisibile; perocchè si confonde con la sua stessa personalità. Ma in ordine agli effetti civili giuridici, relativi agl'interessi pecuniari o ai beni che sono annessi allo stato, è questo suscettivo di divisione, in questo senso, che quegli effetti possono prodursi pro e contra della persona il cui stato è in quistione, nei rapporti di un individuo e non di un altro, benchè aventi entrambi identico stato (art. e arg. art. 402).

Le varie qualità che costituiscono lo stato, prese o insieme o separatamente, sono per le persone che le posseggono, una specie di proprietà; la quale è garantita da azioni analoghe a quelle che derivano dal dominio delle cose. Queste azioni chiamansi *pregiudiziali;* non potendo procedersi all'esame e alla decisione della causa dipendente da una delle anzidette qualità, se prima non sia decisa la controversia che insorgesse sopra la qualità medesima.[2]

Le controversie che possono sorgere, relativamente alle sopraddette qualità, chiamansi *quistioni di stato.*

---

ridiche, possano considerarsi col chiarissimo professor Bianchi (Corso elementare di Codice civile italiano, I, 212), come altrettanti stati speciali della persona le modificazioni che può subire lo stato civile, complesso delle qualità che rendono idonea una persona a godere o ad esercitare i diritti civili.

[1] Non è superfluo di notare che lo stato di famiglia non è la cosa stessa che i rapporti di famiglia; essendo questi le relazioni che passano fra due persone in forza del vincolo di parentela o affinità che le unisce nella famiglia. In altri termini: la qualità costituente lo stato di famiglia si considera in modo generale e di fronte alla società; il rapporto di famiglia in modo speciale e di fronte a due persone: la qualità di marito e di moglie è stato: la relazione fra marito e moglie creata dal matrimonio è rapporto di famiglia (art. e arg. art. 5, Disposizioni preliminari).

[2] Praeiudiciales actiones in rem esse videntur: quales sunt per quas personas quaeritur, an aliquis liber, an libertus sit, vel de partu agnoscendo (Inst. de act. IV, 6). Consulta pure Merlin, Rép. e Quest. v° Question d'état; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 21; Aubry e Rau, I, 177, § 52, pag. 177.

6. Lo stato è determinato per ciascun individuo dalla nascita; perocchè ciascuno nasce ad una patria, donde lo stato di cittadinanza; nasce del pari, almeno nella immensa maggioranza de'casi, ad una famiglia, donde lo stato di famiglia.

Ma dalla nascita alla morte, lo stato di cittadinanza può rimanere modificato da tutte le cause che fanno acquistare o perdere la cittadinanza italiana; così uno straniero può per legge, per decreto reale o per naturalizzazione acquistare la cittadinanza italiana (art. 10); e un italiano perderla per rinunzia espressa o tacita (art. 11). Del pari lo stato di famiglia subisce mutazioni col matrimonio, con la legittimazione, il riconoscimento e la dichiarazione de' figli naturali, e con l'adozione;[1] così la donna che si marita cambia, sino ad una certa misura, lo stato della famiglia paterna con quello del marito; e il figlio che viene legittimato, riconosciuto, dichiarato o adottato incomincia a far parte della famiglia del genitore che lo ha legittimato, riconosciuto o di cui è stato dichiarato figlio (art. 179, 201), e dell'adottante.

7. La capacità giuridica poi è l'attitudine legale che ha una persona di godere diritti e assumere obbligazioni; tale è la capacità di essere giurato, deputato, senatore; tale è pure la capacità di contrarre matrimonio, di testare, di donare o ricevere per donazione, di comprare e vendere e cose simili.

La capacità giuridica si distingue in politica o civile, secondochè riguarda il godimento e l'esercizio di diritti politici o civili. La capacità politica è oggetto del Diritto costituzionale, la civile del Diritto Civile.

8. Il primo libro del Codice civile, che regola appunto il diritto delle persone, si trova diviso in dodici titoli, che trattano:

1° Della cittadinanza e del godimento dei diritti civili;
2° Del domicilio civile e della residenza;
3° Degli assenti;
4° Della parentela e dell'affinità;
5° Del matrimonio;
6° Della filiazione;

---

[1] Taccio dell'emancipazione, dell'interdizione, della inabilitazione e della separazione personale dei coniugi; perchè tali atti modificano sì la capacità giuridica, ma non toccano punto lo stato delle persone, cui riguardano.

7º Dell' adozione;

8º Della patria potestà;

9º Della minore età, della tutela e della emancipazione;

10º Della maggiore età, della interdizione e della inabilitazione;

11º Dei registri delle tutele dei minori e degl' interdetti, e delle cure degli emancipati od inabilitati;

12º Degli atti dello stato civile.

TITOLO I.

DELLA CITTADINANZA E DEL GODIMENTO DEI DIRITTI CIVILI [1]

CAPO I.

DEL GODIMENTO DEI DIRITTI CIVILI

SOMMARIO

9. Distinzione dei diritti in civili e politici. Che cosa siano gli uni e gli altri.
10. Distinzione fra il godimento e l'esercizio dei diritti. Se e quando una persona possa essere investita di un diritto e non averne l'esercizio.
11. A chi appartenga il godimento dei diritti civili; cittadini, privati, Comuni, province, e altre persone giuridiche. Può il cittadino decadere dal godimento de'suoi diritti?
12. Ha il godimento dei diritti civili eziandio lo straniero, sia individuo, sia corpo morale. Restrizione che al godimento dei diritti civili dello straniero apporta la legge di diritto internazionale privato, scritta nell'articolo 6 delle Disposizioni preliminari. Lo straniero non gode dei diritti politici, e neppure del diritto d'incolato. Lo straniero può decadere dal godimento dei diritti civili accordatigli dalle leggi italiane?

9. I diritti civili sono quelli di carattere meramente privato e di ragione individuale, e che sono regolati dal diritto privato; tali sono, esempligrazia, i diritti di succedere, di dare o ricevere

---

[1] I due oggetti di questo titolo, la cittadinanza e il godimento dei diritti civili, sono affatto distinti e principali, e non già il secondo subordinato al primo; perciocchè la qualità di cittadino non è richiesta pel godimento de'diritti civili, essendo questo attribuito anche agli stranieri. Laonde per riguardo al godimento de'diritti civili, sarebbe in generale superfluo di distinguere il cittadino dallo straniero. Lo stabilire chi sia cittadino, e chi straniero serve a ben altri uffizi, cioè a regolare il godimento dei diritti politici, e a regolare (parlando di cosa civile e già notaci) l'applicazione delle leggi di diritto internazionale privato (vedi Relazione Vigliani, I, 12). Perciò regolarmente la legge della cittadinanza troverebbe luogo più appropriato nello Statuto, o in una legge speciale di quello che nel Codice civile. Ma è cosa eccellente e provvida che non si trovi nello Statuto; perchè questo deve essere quasi immutabile; mentre la legge della cittadinanza deve certamente mutarsi colle condizioni dei tempi. Mancando una legge speciale, il posto più acconcio per l'anzidetta legge era senza dubbio il Codice civile.

per testamento o per donazione, di fare contratti, di celebrare le nozze, di adottare e di essere adottato. Differiscono dai diritti politici, che sono le facoltà o prerogative di partecipare più o meno direttamente all'esercizio della pubblica autorità nel triplice ordine legislativo, giudiziario ed esecutivo; quale sarebbe quello di essere elettore, deputato al Parlamento, senatore, giurato, giudice, prefetto, sindaco, consigliere comunale e simili.[1]

10. Chiamasi godimento dei diritti civili l'attribuzione fattane ad una persona, quasi la proprietà che questa ne ha.

Il godimento dei diritti deve distinguersi dal loro esercizio, che è la facoltà di usare de'medesimi, o il loro uso effettivo. Tale distinzione non è senza importanza; imperocchè v'hanno delle persone che hanno il godimento dei diritti senza l'esercizio; quali, esempligrazia i minori, gl'interdetti e, sino ad un certo punto, le donne maritate, i cui diritti sono esercitati dai tutori e dai mariti; così il minore ha il godimento del diritto di acquistare un'eredità; ma l'esercizio di questo diritto ossia l'accettazione dell'eredità non può farsi se non dal tutore (art. 764, 723, 930 e 296). Tale distinzione però non è applicabile a quei diritti che per essere essenzialmente e strettamente personali non possono esercitarsi che dalla persona stessa che ne gode: qual è, esempligrazia, il diritto di testare: riguardo a tali diritti o non v'ha godimento, o con questo va congiunta la facoltà di esercitarli; la quale facoltà per altro è subordinata in alcuni casi all'osservanza di determinate formalità; così, la facoltà di celebrare il matrimonio è subordinata nel minore al consenso di certe determinate persone, o del consiglio di tutela o di famiglia (art. 63-66).

---

[1] Vi sono altri diritti, che non possono dirsi propriamente nè civili, nè politici, quali sarebbero il diritto di associazione, la libertà di coscienza, della stampa e della parola. Questi sono chiamati da alcuni diritti pubblici, e appartengono indistintamente a tutti i cittadini e a tutti gli stranieri dell'uno e dell'altro sesso, di età maggiore e minore (Vedi Demangeat, Hist. de la cond. civ. des étrang. en France, pag. 293 e seg.; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 23; Mourlon, Répet. écrites, I, 101 e 106).

11. Il godimento de' diritti civili appartiene ad ogni cittadino senza distinzione di sesso, di età, d'intelligenza, di sanità e di posizione sociale: ne gode l'uomo e la donna, il minore e il maggiore, l'infermo di mente, il deforme, il cieco, il sordo, il muto, il ricco, il povero, il Re e il più umile artigiano e l'infimo accattone; perocchè avanti la legge tutti i cittadini sono eguali (art. 1). Nemmeno deve distinguersi se la persona cittadina sia nata, o solamente concepita.[1]

Ma il cittadino può decadere dal godimento de' diritti civili per condanna penale, giusta le disposizioni del Codice penale (art. 1).[2]

Godono dei diritti civili, non solo i privati che siano cittadini, ma eziandio i Comuni, le provincie, gl' istituti pubblici civili ed ecclesiastici, ed in generale tutti i corpi morali legalmente riconosciuti, che sono considerati come persone giuridiche.[3]

---

[1] Vedi nota a pagina precedente.

[2] Consulta la Relazione Pisanelli, I, pag. 1. È disposto nell'art. 3 delle disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del Regno d'Italia che « Fino alla promulgazione di un Codice penale per tutte le provincie del Regno, le condanne alle pene di morte, dell'ergastolo e dei lavori forzati a vita traggono seco la perdita dei diritti politici, della potestà patria e maritale e la interdizione del condannato. L'interdizione legale toglie al condannato la capacità di amministrare i suoi beni, di alienarli, ipotecarli o disporne altrimenti che per testamento. Al condannato interdetto legalmente è nominato un tutore per rappresentarlo ed amministrare i suoi beni nel modo stabilito dal nuovo Codice per gl' interdetti giudizialmente. Le disposizioni riguardanti i beni degl' interdetti giudizialmente sono applicabili ai beni del condannato interdetto legalmente; a questo non può essere assegnato che un tenue sussidio a titolo di alimento. L'amnistia, l' indulto o la grazia che condona o commuta la pena, fa cessare l'interdizione legale del condannato, eccetto che la commutazione abbia luogo in altra pena, alla quale sia congiunta per legge l'interdizione medesima. Così pure l'articolo 4 dispone, che la condizione di coloro che per effetto di condanne penali pronunziate prima dell'attuazione del nuovo Codice sono incorsi nella perdita del godimento o dell'esercizio dei diritti civili, continua ad essere regolata dalle leggi anteriori; ma le incapacità civili non più ammesse dall'articolo precedente cessano di diritto dal giorno dell'attuazione del detto Codice. » La professione religiosa non priva più del godimento dei diritti civili, e quelli che l'avevano già perduto l' hanno ricuperato nel giorno dell'attuazione del nuovo Codice (art. 22, capov. 1°, Disp. transit.); Astengo, De Foresta, I, 158 e 159; Bianchi, I, 217.

[3] Relazione Pisanelli, loc. cit.; Relazione Vigliani, pag. 16; Processo verb. 1, IV.

12. Anche lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini (art. 3); quindi, fra gli altri diritti, gode del diritto di far testimonianza anco ne' testamenti (art. 788), di essere nominato tutore; [1] e di esercitare l'azione di sequestro sopra i mobili posseduti nel Regno da altro straniero. [2] Tale godimento è affatto indipendente dalla condizione di reciprocità; ossia lo straniero ne è investito, quand'anche l'italiano non abbia eguale trattamento dalla nazione a cui lo straniero appartiene. [3] È del pari indipendente dalla condizione di residenza; cioè lo straniero ha quel godimento, quand'anche non risieda nel Regno; salvo che debba esser testimonio in un atto dello stato civile o in un testamento (art. 351 e 788). [4] È in fine indifferente che il contratto, donde derivano i diritti dello straniero, sia stato stipulato nel Regno o fuori. [5]

Il godimento dei diritti civili si gode non solo dall'individuo straniero, ma eziandio dalla persona giuridica straniera. Il godimento dei diritti civili però, accordato dal legislatore italiano agli stranieri, rimane notevolmente modificato dalla legge di diritto internazionale privato, scritta nell'articolo 6 delle disposizioni preliminari e regolatrice dello stato e della capacità delle persone e dei rapporti di famiglia. Quindi, per esempio, determinata la capacità dello straniero a contrarre matrimonio dalle leggi del paese, a cui appartiene, non potrà contrarlo nell'età richiesta dalla legge italiana, se la sua legge personale gli stabilisca un'età maggiore (art. 102).

Al contrario lo straniero non gode dei diritti politici; e neppure del diritto d'*incolato;* del diritto cioè di non poter essere espulso dal territorio del Regno in via amministrativa o per provvedimento di pubblica sicurezza. [6]

---

[1] Bianchi, I, 221.

[2] C. C. Torino, 3 luglio 1868, A. II, 1, 224.

[3] Relazione Pisanelli, loc. cit.; C. C. Torino sopracit.; Proces. verb. cit. loc. cit.; Bianchi, loc. cit.

[4] C. C. Torino sopracit.

[5] Relazione Pisanelli, loc. cit.; Relazione Vigliani, pag. 15-16; Proces. verb. n. 1, IV; Bianchi, I, 220.

[6] Astengo, De-Foresta, I, 168.

Del resto anche lo straniero può decadere per condanna penale dal godimento dei diritti civili, accordatogli dalla legge italiana.

CAPO II.

DELLA CITTADINANZA

SOMMARIO

13. Lo stato di cittadinanza o semplicemente la cittadinanza, come si è detto, è la qualità che ha una persona considerata in rapporto alla nazione alla quale appartiene.

La cittadinanza si possiede per nascita, o si acquista per elezione, per matrimonio, per naturalità; può perdersi; e dopo perduta può riacquistarsi. È perciò conveniente discorrerne in quattro parti, o sezioni distinte.

SEZIONE I.

DELLA CITTADINANZA ORIGINARIA O POSSEDUTA PER NASCITA

SOMMARIO

14. Nel determinare la cittadinanza per origine, la legge riguarda a due fatti precipui, da cui può essere razionalmente dedotta, cioè:

1° Alla condizione dei genitori; donde cittadinanza *iure sanguinis;*

2° Al luogo del nascimento; donde cittadinanza *iure loci;*

3° All'uno e all'altro insieme, quando si mostrano in un certo conflitto; in questo senso, che il nascimento determina la cittadinanza non per se solo, ma sussidiato dalla condizione passata o presente de' genitori. [1]

15. Attesa la condizione del padre sono cittadini i figli di padre cittadino (art. 4). È indifferente che quest'ultimo sia tale per nascita, per elezione o per naturalità (art. 4). È del pari indifferente che i figli siano legittimi o legittimati o semplicemente naturali riconosciuti o dichiarati relativamente alla paternità soltanto, o anco alla maternità (art. 179, 193); perciocchè da una parte quando il padre è legalmente conosciuto per nozze eseguite dopo la nascita del figlio o per decreto di legittimazione, o per atto di riconoscimento, o per sentenza di dichiarazione, il figlio ne segue indistintamente la condizione: *patris originem unusquisque sequitur* [2] (identico o diverso sia lo stato della madre); dall'altra parte anche la legittimazione per decreto reale, il riconoscimento o la dichiarazione del figlio naturale producono in generale effetti giuridici analoghi a quelli della paternità e della filiazione legittima o legittimata per nozze con preferenza sulla maternità (art. 184, 201). [3] Nulla rileva che il riconoscimento o la dichiarazione siasi fatta dalla madre e dal padre congiuntamente o separatamente e successivamente, e dalla madre prima che dal padre. Non rileva neppure che i figli siano nati in Italia o in paese straniero; perciocchè la cittadinanza è attribuita per ragione di sangue e non del luogo della nascita; nè la legge fa distinzione alcuna. [4]

Se il padre fosse ignoto affatto, o non volesse riconoscere il suo figlio naturale, o non potesse venir dichiarato tale, quantunque

---

[1] Relazione Pisanelli, Lib. I, § I.

[2] Leg. 19, D. de statu hom. I, 5; Leg. 7, C. de incolis, X, 39.

[3] Valette sur Proudhon, Explic. som. du Liv. I du Code Nap. pag. 9 e 10; Alauzet, De la qualité de Français et de la naturalisation, pag. 3 e 4; Demolombe, I, 149; Marcadé, art. 8, II; Aubry e Rau, I, § 69, pag. 231-232; Astengo, De-Foresta, I, 71; Saredo, Trattato di Diritto Civile italiano, Lezione XII, n. 77.

[4] Valette e Saredo, loc. cit.

d'altronde sia cognito;[1] è cittadino il figlio nato da madre cittadina; senza distinguere, se da essa sia stato legittimato per decreto reale, riconosciuto, o ne sia stato dichiarato figlio (art. 7); perciocchè quando il figlio non può seguire la condizione del padre, non gli resta che seguire e convien che segua la condizione della madre, dal cui sangue è certo che deriva.[2] Neppure qui rileva per la medesima ragione che il figlio sia nato in Italia o fuori.

Se però dopo il riconoscimento o la dichiarazione della madre, abbia luogo il riconoscimento o la dichiarazione del padre, e questi sia straniero, il figlio da cittadino diverrà straniero; perciocchè incomincia a seguire la condizione del padre.[3]

Ma l'adozione che un italiano faccia di uno straniero non rende questo cittadino; perchè resta sempre fermo che non è nato da

---

[1] L'art. 7 princ. dice solamente « quando il padre *è ignoto.* » Ma sotto questa espressione sono manifestamente comprese tutte e due le ipotesi; perciocchè in legge val tanto non essere quanto non apparire. Per bene intendere poi la decisione è necessario che si sappia o si ricordi che le indagini sulla paternità non sono ammesse, fuorchè nei casi di ratto o di stupro violento, quando il tempo di esso risponda a quello di concepimento (art. 189); fa d'uopo inoltre che la donna rapita o violentata non fosse maritata o sorella del rapitore o dello stupratore (art. 193); e che neppur egli sia ammogliato (art. 180). Quando adunque il figlio non è riconosciuto o non è dichiarato, non può fondare la sua cittadinanza su quella del padre che giuridicamente non esiste (Processo verb. 4, V).

[2] Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur (Leg. 24, D. de statu hom. I, 5; vedi pure Leg. 19 eod.).

[3] Secondo la dottrina prevalente in Francia il figlio riconosciuto prima dalla madre e poi dal padre di diversa cittadinanza, reputasi cittadino delle due nazioni, e gli si concede il diritto di eleggere l'una o l'altra nazionalità. Mi sembra preferibile la decisione che adotto. Essa innanzi tutto evita l'inconveniente della doppia nazionalità, e l'arbitrario rimedio di farlo cessare; dà con la legge stessa prevalenza al riconoscimento e alla dichiarazione della paternità; prevalenza che non so perchè debba cessare quando il riconoscimento o la dichiarazione della paternità abbia luogo dopo quello della maternità. Alla massima obiezione poi, che le potrebbe esser fatta, che cioè la qualità di cittadino una volta impressa non può perdersi, nè acquistarsi che con i modi stabiliti dalla legge, fra' quali non figura il riconoscimento, replico che nel caso, più che perdita od acquisto, si ha determinazione definitiva; attuazione della qualità potenziale di straniero o di cittadino in ragione della paternità. (In questo senso Marcadé, art. 8, III; Buniva, Diritto delle persone, pag. 30-31; Bianchi, I, 225.)

cittadino; nè l'adozione, fra gli altri effetti, produce quello di conferire all'adottato la cittadinanza dell'adottante.

16. Lo stato del padre o della madre per determinare quello del figlio deve essere considerato nel momento della nascita del figlio, e non in quello del concepimento, e molto meno nel periodo della gestazione; perciocchè il figlio che è nell'utero materno non è ancora una persona; nè si può, se non attraverso un puerile orgoglio nazionale, vedere un vantaggio per quell'essere umano, che è nell'utero materno, di essere cittadino italiano piuttosto che francese, inglese, americano; e per tal ragione ritenerlo nato (arg. art. 5 princ. art. 6, princ. e art. 7 capov. 1º). [1] Deve aversi riguardo al tempo della nascita, tanto se il figlio sia legittimo o legittimato, quanto se sia semplicemente naturale, riconosciuto o dichiarato.

---

[1] Per Diritto romano, se lo stato di cittadinanza era determinato dalla condizione del padre si aveva riguardo al tempo della generazione; se era determinato dalla condizione della madre, si aveva riguardo al tempo del parto (Gajus, I, 89). Perocchè si considerò che nel primo caso, generato che sia il figlio, questi ha un'esistenza indipendente e affatto distinta da quella del padre, mentre nel secondo la sua esistenza, durante la gestazione, si confonde quasi con quella della madre. Nel Diritto francese havvi chi ha adottato la decisione del Diritto romano nel primo caso; nel secondo invece ha ritenuto doversi considerare quel momento del concepimento o della gestazione, in cui la madre fosse stata cittadina, per attribuire al figlio la qualità di cittadino. Altri ha insegnato che anche nel primo caso si dovesse aver riguardo al tempo della generazione o della nascita del figlio in cui il padre fosse stato cittadino, per attribuire del pari al figlio la qualità di cittadino. È evidente che queste decisioni, nel caso che i genitori fossero francesi nel tempo del concepimento, e divenuti stranieri nel tempo della nascita, si basano sulla massima: *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ipsius agatur;* e che nel caso inverso, considerata la cittadinanza francese, come cosa favorevole, si è trovato il modo d'impedire che tale massima fosse ritorta contro il neonato. Ma tal massima è inesattamente applicata a questa materia in base alla Legge 7, § 2, D. de statu hominum (I, 5); la quale dispone intorno alla libertà e non alla cittadinanza; nè si può seriamente invocare intorno alla cittadinanza nostra, che in realtà può non essere un comodo pel neonato.

Deve aversi riguardo alla nascita anco allora che il figlio sia stato riconosciuto prima dalla madre ed in seguito dal padre; di modo che il loro figlio sarà stato straniero, se straniera era la madre, e diverrà cittadino con effetto retroattivo sino al momento della nascita, mercè il riconoscimento del padre cittadino.[1]

Parimente, se nel tempo della legittimazione, del riconoscimento o della dichiarazione il padre o la madre è straniero ed era cittadino nel tempo della nascita del figlio, questi è cittadino.[2] Deve infine aversi riguardo al tempo della nascita anche allora che il riconoscimento ha avuto luogo prima della medesima.

Ma se un figlio di padre legalmente conosciuto o per matrimonio o per riconoscimento nasca dopo la morte di lui, deve considerarsi lo stato che questi aveva nel momento della morte che irrevocabilmente lo fissò, per determinare se tale figlio sia cittadino o straniero.

17. È poi cittadino per ragione del luogo della nascita il figlio d'ignoti genitori, il figlio cioè di cui, oltre il padre, sia ignota affatto la madre, e del quale quest'ultima non voglia, o non possa fare la legittimazione o il riconoscimento (art. 7 capov.); imperocchè innanzi tutto non deve lasciarsi senza patria una creatura che ha avuto la sventura di essere abbandonata dai genitori; secondariamente chiunque ha uno speciale attaccamento al luogo

---

[1] Vedi la nota seguente.

[2] Questa decisione è incontrovertibile, perciocchè l'art. 4 include e l'art. 7 suppone manifestamente la legittimazione per decreto reale o il riconoscimento o la dichiarazione. Se non che può avvenire che il figlio naturale sia nato in paese straniero, e quivi sia ritenuto cittadino come nato da padre e madre ignoti. Or bene quando avrà luogo la legittimazione, il riconoscimento o la dichiarazione, il figlio si reputerà essere stato cittadino fino dalla nascita o dal tempo della legittimazione, del riconoscimento o della dichiarazione? Nella prima edizione argomentando dall'art. 15 decisi che il figlio doveva ritenersi cittadino dal secondo tempo. Ma riconosco col distinto professor Bianchi (I, 226) che non si tratta di cambiamento di stato, ma di dichiarazione dello stato originario, e che perciò il nominato figlio debba ritenersi cittadino sino dalla nascita.

della sua nascita; infine non deve disconoscersi, essere ben fondata la presunzione che quegli il quale nasce nel Regno sia figlio di cittadini anzichè di stranieri, essendo la qualità di cittadino regola, la qualità di straniero eccezione.

Non rileva però che in fatto sia noto; essere la madre o anche il padre straniero; per legge essi sono e rimangono sconosciuti; perciò la sua disposizione generale ed assoluta rimane sempre applicabile.[1] E siccome i genitori di figli incestuosi e adulterini rimangono per legge sconosciuti sempre, per quanto concerne il presente soggetto, così essi figli nati nel Regno sono cittadini.[2]

È però essenziale che il figlio d'ignoti genitori sia nato nel Regno; nato in paese straniero e portato subito nel Regno esso rimane straniero.

Ove però un figlio naturale, che ne abbia la capacità, sia legittimato, riconosciuto o dichiarato figlio di stranieri, diverrà anch'egli straniero.

18. In fine il luogo di nascita e la condizione dei genitori determinano la cittadinanza originaria nei tre seguenti casi, cioè:

1º Quando il figlio di un padre che ha perduto la cittadinanza prima della nascita di lui sia nato nel Regno e vi abbia la sua residenza;

2º Quando, ignoto il padre, il figlio di una madre che ha perduto la cittadinanza prima della nascita di lui sia parimente nato nel Regno e vi abbia la residenza;

3º Quando sia nato nel Regno il figlio di uno straniero che vi abbia fissato il suo domicilio da dieci anni non interrotti.

Esaminiamo partitamente i tre casi.

Primieramente se il padre ha perduto la cittadinanza prima

---

[1] Vedi sopra n. 15; Processo verbale, 4, V.

[2] Processo verb. 4, VI. Risulta da questo processo che alla paternità e alla maternità risultanti dagli atti indicati dall'articolo 193, non si è voluto attribuire la virtù di determinare la cittadinanza del figlio.

del nascimento del figlio, questi è riputato cittadino,[1] ove sia nato nel Regno e vi abbia la residenza (art. 5 princ.). A rigore tal figlio dovrebbe essere straniero; perchè seguir dovrebbe la condizione del padre, giusta i principii generali. Tuttavia si è fatta eccezione a tali principii; perchè in generale il figlio di un padre, stato già cittadino, non può non avere molteplici rapporti d' interessi, di affezione e di parentela con la patria de' suoi maggiori; l' esservi poi nato accresce senza dubbio i suoi vincoli di attaccamento verso la stessa patria; in fine il fatto della sua residenza nel Regno dimostra la realtà e il valore di un complesso di rapporti giustificanti l'attribuzione della cittadinanza a suo favore.

Perchè il figlio di un padre che ha perduto la cittadinanza prima del nascimento di lui sia cittadino, è necessario il concorso di queste due condizioni, cioè: *a*) che egli sia nato nel Regno; *b*) che vi abbia la residenza.[2] Se adunque vi sia nato, ma non v'abbia residenza, non è cittadino; neanco è cittadino se v'abbia residenza, ma non vi sia nato.[3] Essendo la residenza

---

[1] Il testo dell'art. 5 usa l'espressione *questi* (il figlio) *è riputato cittadino*. Ma coll'espressione *è riputato* la legge non istabilisce una presunzione, la quale possa ammettere una prova contraria, ma accenna che fa l'attribuzione della qualità di cittadino non in modo assoluto, sibbene, in via di presunzione *sino a dichiarazione contraria*; per conseguenza sino a che non sia fatta questa dichiarazione, il figlio è per la legge italiana cittadino italiano (Astengo, De-Foresta, I, 174-175; *contro* Cattaneo e Borda, Cod. civil. annot. art. 8, annot. 3).

[2] Consulta il Processo verbale, 2, IV.

[3] Fa' il caso che Caio rinunzi alla cittadinanza d'Italia e acquisti quella di Francia, e che quivi conduca moglie francese, italiana o straniera: se questa, rimasta incinta, fosse inviata dal marito in Italia presso la famiglia di lui per isgravarsi e quivi fosse lasciato il figlio natone, sia perchè la madre soccombe al parto, sia perchè serva di sollievo ai vecchi avi o per qualsiasi altro motivo, questo figlio nato in Italia da uno che fu cittadino italiano, e quivi lasciato in residenza è riputato cittadino italiano. Ma se questa donna partorisse in viaggio prima di entrare nel territorio italiano, e poi il figlio vi fosse condotto e lasciato risedere, non si riputerebbe cittadino italiano, come non si riputerebbe cittadino, se fosse dato alla luce in Italia, e fanciulletto fosse ricondotto in Francia presso la famiglia paterna.

una cosa di mero fatto, cioè la dimora abituale di una persona in un luogo, è rimesso al prudente arbitrio del giudice il decidere, se essa sia stata sì lunga e di tal natura da accennare a quel complesso di rapporti che giustificar debbono l'attribuzione della cittadinanza.[1]

Del resto è indifferente che il padre abbia perduto la cittadinanza dopo o prima del concepimento, e da corto o lunghissimo tempo; è richiesto e basta sol questo, che l'abbia perduta prima del nascimento del figlio, a cui viene attribuita la cittadinanza. È parimente indifferente che si tratti di figlio legittimo, legittimato, o di figlio naturale riconosciuto o dichiarato. In fine è indifferente che il padre che ha perduto la cittadinanza la possedesse per nascita, per elezione o per naturalità.

Rimane ad osservare che l'attribuzione della cittadinanza è fatta limitatamente al figlio del padre che ha perduto la cittadinanza; perciò il beneficio di essa non si può estendere a ulteriori discendenti; quindi, esempligrazia, non può estendersi a un nipote, nato e residente nel Regno, il cui avo abbia perduto la cittadinanza e il cui padre sia stato sempre straniero.[2]

Passando al secondo caso, le cose fin qui dette sull'attribuzione della cittadinanza al figlio di un padre che aveva perduto la cittadinanza prima del nascimento di lui sono applicabili per le medesime ragioni (ben inteso quanto lo comporti il soggetto) al figlio di padre ignoto e di madre nota, che del pari aveva perduto la cittadinanza prima del nascimento del figlio (art. 7 princ.).

19. In terzo ed ultimo luogo, per ragione del luogo di nascita e del concorso di altre circostanze, è riputato[3] cittadino il figlio nato nel Regno da straniero che vi abbia fissato il suo domicilio da dieci anni non interrotti (art. 8 princ.). Ancor questo figlio dovrebbe essere straniero, considerata la condizione del geni-

---

[1] Consulta Bianchi, I, 230.

[2] Bianchi, loc. cit.

[3] Vedi n. 18, pag. 20, not. 1.

tore, che seguir deve. Ma anco qui l'eccezione è giustificabile; perciocchè tale lungo domicilio dimostra che lo straniero abbia in Italia un complesso di rapporti sufficienti a far presumere che egli abbia in certa guisa adottato di fatto la patria italiana; e che perciò sia ne' suoi desiderii, i suoi figli siano cittadini della sua patria adottiva. Tali rapporti alla loro volta non possono non legare il figlio medesimo alla patria adottiva del suo genitore. In fine il luogo del nascimento in circostanza non accidentale ma pensata non può, nè deve rimanere senza veruna efficacia giuridica.

La cittadinanza è attribuita al figlio di straniero, tanto se deve seguire la condizione del padre, quanto se deve seguire la condizione della madre; [1] perciò basta che il domicilio decennale siasi avuto senza interruzione in Italia da quel de' due di cui il figlio segue la condizione. Quindi, esempligrazia, se trattasi di figlio legittimo o legittimato per *subsequens matrimonium*, basta che ve lo abbia avuto il padre; e se trattasi di figlio riconosciuto dalla madre, basta che essa vi sia stata domiciliata per dieci anni non interrotti.

Sotto il nome di straniero si comprende ancora il cittadino italiano che abbia perduto la cittadinanza; perciocchè dopo tal perdita egli è straniero, come ogni altro che lo sia per origine.[2]

Lo straniero fissa il suo domicilio in Italia quando vi stabilisca la sede principale de' suoi affari ed interessi (art. 16). Ma la residenza per causa di commercio non basta a determinare il domicilio (art. 8 cit.).[3]

---

[1] Non faccia difficoltà che la legge nomini soltanto lo straniero; perciocchè è vera anche oggi la regola, che pronunciatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur (Leg. 196, de verb. sign. L, 16).

[2] È chiaro che in questo caso la disposizione dell'articolo 8 princ. è al figlio più favorevole dell'articolo 5; perchè questo richiede la residenza nel Regno; quello no.

[3] Avvertasi che la residenza per causa di commercio non basta a determinare il domicilio, non solo in riguardo al presente soggetto, come potrebbe far

Lo straniero deve aver tenuto il domicilio in Italia per dieci anni non interrotti; cioè non deve averlo trasferito entro questo periodo in paese straniero. Ma non pregiudica il trasferimento del domicilio da un comune all'altro del Regno; nemmeno il trasferimento della residenza dal Regno in estero paese per più o meno tempo, e per qualsiasi causa.

Il domicilio deve essersi avuto dallo straniero nel Regno per dieci anni non interrotti, computabili dal giorno della nascita; perciò se al compimento del decennio mancasse anche un giorno solo, il figlio nascerebbe straniero. Del pari deve esservisi avuto da lui sino al giorno della nascita del figlio; quindi se nel giorno precedente alla medesima il genitore, di cui il nascituro deve seguire la condizione, ha trasferito il suo domicilio all'estero, questi nasce straniero. Ma dall'altro lato basta che il figlio sia nato in Italia; non si richiede ancora che vi risieda; perciocchè il fatto del domicilio decennale avuto dal genitore nel Regno, e il nascimento del figlio quivi avvenuto fanno supporre tali relazioni d'affezione e d'interessi vivi ed attuali, da giustificare senz'altro l'attribuzione della cittadinanza al figlio medesimo;[1] inoltre esso vi si reputa domiciliato col padre, con la madre o col tutore.[2] Che anzi se dopo la nascita di lui i suoi genitori trasferiranno il domicilio in paese straniero, il figlio continuerà a possedere la cittadinanza italiana, che impressagli

---

dubitare il luogo, ove tale disposizione è scritta, ma in riguardo a qualunque altra materia, o al domicilio in genere. Quando però alla residenza per causa di commercio si congiungano altre circostanze di fatto, le quali manifestino l'intenzione del commerciante di dimorare perpetuamente nel luogo, ove risiede per causa di commercio, deve tenersi conto delle medesime per decidere se in tale luogo abbia stabilito eziandio la sede principale dei propri affari ed interessi e il domicilio (Coin-Delisle, art. 17, n. 17; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 64; Demante, I, 34 bis, II; Demolombe, I, 182; Marcadé, art. 17, II; Bianchi, I, 231).

[1] Processo verb. 2, IV.

[2] Processo verb. 2, IV.

dalla nascita, non si può perdere neppure da lui coi modi ordinari stabiliti dalla legge.

20. Quegli che si pretende di diritto cittadino per nascita, deve provare che suo padre o sua madre erano cittadini nel giorno del suo nascimento. Questa prova risulta pienissima dalla naturalità ottenuta per legge, per decreto reale, o per annessione territoriale.[1] Ma se il padre o la madre non siano divenuti cittadini per tale causa; chi si pretende cittadino dovrebbe a rigore provare la cittadinanza de' genitori legittimi o naturali e de' loro ascendenti all'infinito; perchè se il più remoto progenitore fu straniero, straniero nacque il figlio che alla sua volta fu padre di stranieri sino all'ultimo nato. Essendo però tal prova impossibile, almeno nella grandissima maggioranza dei casi, la cittadinanza può essere provata col possesso di stato.[2] Questo possesso di stato deve ad un tempo rimontare a tale antichità, che faccia sembrare giustificata a sufficienza la cittadinanza di colui che la pretende, nè può pretendersi sì remoto da rendere tale giustificazione troppo difficile.[3] Così quegli che attore o reo pretende possedere la cittadinanza per semplice origine, deve provare che il suo genitore, morto o vivo, ed egli medesimo hanno costantemente goduto tale qualità, esercitato i diritti che conferisce, e soddisfatto gli obblighi che impone; perciocchè dal genitore ha la qualità di cittadino. Che se fossero vivi gli avi e altri ascendenti, deve provare il possesso di stato della cittadinanza anche di questi. Ove al contrario fossero morti, l'equità esige che tale prova non sia richiesta per la difficoltà grave, che il più delle volte s'incontrerebbe per l'antichità dei fatti, e per le incomplete notizie che il nipote può aver avuto della vita e condizione dell'avo, e degli altri suoi ascendenti; inconvenienti che non sono affatto o ben poco da temere riguardo al genitore.[4]

---

[1] Vedi Sezione seguente.
[2] Demolombe, I, 172; Aubry e Rau, I, § 69, pag. 233-235.
[3] Aubry e Rau, loc. cit.
[4] Aubry e Rau, I, § 69, pag. 233-235.

Ma la prova risultante dal possesso di stato non è che presuntiva, la quale perciò può essere distrutta dalla prova contraria che alcuno degli ascendenti di quello che si pretende cittadino fu straniero; nel qual caso il pretendente non potrebbe vincere che provando la naturalità acquistata da un ascendente prossimiore.[1]

Queste regole, *mutatis mutandis*, sono applicabili anche al caso, che alcuno abbia interesse di attribuire ad un terzo la qualità di cittadino.[2]

Se il padre o la madre siano stranieri, il loro figlio che si pretende cittadino, dovrà provare che quelli per dieci anni non interrotti dal suo nascimento hanno avuto il domicilio nel Regno, e che egli vi è nato.

Infine il figlio di genitori ignoti deve provare di essere nato nel Regno.

SEZIONE II.

DELLA CITTADINANZA ACQUISITA

SOMMARIO

21. Della cittadinanza acquisita. Con quali modi possa acquistarsi la cittadinanza; elezione, matrimonio, naturalità.
22. Dell'acquisto della cittadinanza per elezione. Quali persone possano fare l'acquisto della cittadinanza per elezione.
23. In quali modi possa aver luogo la elezione della cittadinanza. Modo espresso, o dichiarazione formale di elezione. Avanti quale autorità debba esser fatta tale dichiarazione. A quali condizioni è subordinata la validità di tale dichiarazione. Modo tacito. Da quali fatti si desuma la tacita elezione della cittadinanza.
24. In qual giorno abbia effetto l'acquisto della cittadinanza per elezione.
25. Dell'acquisto della cittadinanza per matrimonio. Chi possa farlo con tal mezzo; la donna straniera che si marita ad un cittadino. La separazione personale e lo scioglimento del matrimonio per morte del marito fanno perdere alla medesima la cittadinanza italiana?

---

[1] Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Aubry e Rau, loc. cit.

21. Dall' esame della cittadinanza originaria si passa naturalmente all'esame della cittadinanza acquisita.

La cittadinanza può acquistarsi con tre modi; cioè coll'elezione, il matrimonio e la naturalità.[1]

22. Il diritto di acquistare la cittadinanza per elezione è concesso a due classi di persone; cioè:

1° Ai figli nati in paese estero o nel Regno[2] da padre o da madre che per qualunque causa abbiano perduto la cittadinanza prima del nascimento de' medesimi (art. e arg. art. 6, capov. 1° e 2° e art. 7, capov. 1°);

2° Ai figli nati nel Regno da stranieri che non vi abbiano fissato da dieci anni il loro domicilio (art. 8, capov. ultimo).[3]

I nominati figli in ambedue i casi nascono evidentemente stranieri; ma nel primo caso la qualità di cittadino già avuta

---

[1] Oltre questi tre modi non avvene altro con cui possa acquistarsi la cittadinanza italiana, e specialmente non si acquista col domicilio tenuto nel Regno per tutta la vita; per quanto il nuovo domiciliato abbia rotto ogni rapporto con la sua patria; come se quivi avesse venduto tutti i suoi beni, e portato seco le persone della sua famiglia e tutte le sostanze, e abbia fin dal principio manifestato l'intenzione di non più ritornarvi, di rimanere invece in Italia perpetuamente, come se vi avesse acquistato beni stabili e adottato il culto prevalente.

[2] L'articolo 6 considera solamente il caso che il figlio di un ex-cittadino sia nato in paese estero; ma non può dubitarsi che per identità di ragione la disposizione del detto articolo sia applicabile ancora al caso che l'anzidetto figlio sia nato nel Regno; essendo straniero, perchè nato da straniero, e godendo del diritto di eleggere la cittadinanza italiana; perchè il genitore di cui segue la condizione, fu già cittadino.

[3] Demolombe, I, 152; *contro* Proudhon e Valette, I, 200.

dal genitore, di cui seguir dovrebbero la condizione, e nel secondo il luogo di nascita accompagnato dal domicilio stabilito nel Regno da quello de' genitori di cui parimente seguir dovrebbero la condizione, sono motivi sufficienti per dare alla loro volontà individuale tanto valore da far loro mutare la qualità di straniero in quella di cittadino.

Il diritto di eleggere la cittadinanza appartiene a tali persone, tanto se abbiano riseduto nel Regno quanto in paese straniero, di cui sono cittadini, o in altro Stato. E ai figli degli stranieri compete anco allora che il genitore, di cui seguono la condizione, non abbia continuato a tenere il domicilio nel Regno, e l'abbia invece trasportato in paese straniero.

In ordine ai figli degli stranieri deve pure osservarsi che il concepimento avvenuto nel Regno non tiene luogo della nascita; perciocchè l'uomo sente sì attaccamento per il luogo della nascita, ma non per quello del concepimento; e sta in quell'attaccamento la ragione del diritto di elezione per quanto concerne il luogo della nascita. In fine deve osservarsi che non si richiede che il genitore straniero, di cui il figlio segue la condizione, abbia tenuto il domicilio nel Regno per più o meno tempo prima del nascimento del figlio medesimo; basta, ma è necessario che ve lo avesse fissato nel giorno in cui quello avviene; in caso contrario il figlio nascerebbe straniero, non ostante che i genitori non fossero cittadini di verun'altra nazione; bastando che sieno italiani.[1]

23. La elezione della cittadinanza può aver luogo in modo tacito ed espresso.

La cittadinanza si elegge espressamente mediante dichiarazione fatta dal figlio del cittadino o dello straniero, davanti l'uffiziale dello stato civile della sua residenza, o, se si trova in paese estero, davanti i regii agenti diplomatici o consolari (art. 6, capov. 1° cong. coll' art. 5, capov. 1°).

---

[1] Marcadé, art. 9, 11.

L' efficacia di questa dichiarazione è subordinata a due condizioni; cioè:

1° Che essa sia fatta dal figlio che vuole eleggere la cittadinanza entro l' anno dalla età maggiore, determinata secondo la legge del Regno (art. 5, capov. 1°), cioè entro il suo ventiduesimo anno (art. 223); senza ricercar punto se la legge della nazione a cui il figlio appartiene fissi l' età maggiore agli stessi, a più o a meno anni.[1] Fatta prima o dopo sarebbe inefficace; ma nel primo caso può essere rinnovata in tempo utile, nel secondo caso la cittadinanza non potrebbe acquistarsi che nei modi ordinari;

2° Che il figlio che ha eletto la cittadinanza fissi nel Regno il suo domicilio entro l' anno dalla fatta dichiarazione (art. 6, capov. 1° in fine). Con questo fatto positivo viene a manifestarsi in modo evidente la seria intenzione del dichiarante, di voler acquistare la qualità di cittadino.[2]

La elezione della cittadinanza si desume poi tacitamente dall' aver accettato il figlio dell' ex-cittadino e dello straniero un impiego pubblico nel Regno, oppure dall' aver servito o dal servire nell'armata nazionale di terra o di mare (art. 6, capov. 2); perciocchè ciascuno di questi fatti manifesta chiaramente, in chi li compie, la seria intenzione di divenire cittadino.

---

[1] Potrebbe da alcuno censurarsi la legge nostra, come violatrice delle regole di diritto internazionale privato; perchè considera maggiore chi per legge sua personale è ancora minore (vedi Marcadé, art. 9, II; Demolombe, I, 165; Lagrange, Explic. crit. p. 68; Valette su Proudhon, I, 180; Bianchi, I, 235). Ma tale censura cadrebbe di fronte a questa semplice considerazione, che la legge italiana ritiene la persona maggiore non in spreto della legge straniera, la quale è per cessare di esser quella propria di tale persona, ma in omaggio di se stessa, non convenendole di non ritenere maggiori a 21 anno quelli che autorizza a divenire cittadini italiani. La quale considerazione acquista anche maggior valore, riflettendo che la legge italiana non considera maggiori quelli che non hanno compiuto gli anni 21, non ostante che lo sarebbero per la legge della nazione a cui appartengono (consulta in questo senso Delvincourt, I, 13; Duranton, I, 129; Coin-Delisle, I; Zachariae, I, 157).

[2] Relazione Pisanelli, I, 3.

Al servizio effettivo nell'armata nazionale si equipara l'avere l'anzidetto figlio soddisfatto altrimenti alla leva militare, come, esempligrazia, colla surrogazione e coll'esenzione mediante prezzo (art. e capov. cit.). Del pari deve riputarsi che abbia soddisfatto a tale servizio quegli che ha risposto all'appello della leva, e ne sia stato esonerato per difetti personali, o per altra causa legittima, che si sarebbe potuta invocare da qualunque altro cittadino.

Non si richiede che questi fatti si compiano dal figlio dell'ex-cittadino o dello straniero, il quale elegger vuole la cittadinanza, nella sua maggiore età e nel Regno: compiuti da esso in minore età e in paese estero, valgono egualmente a fargli acquistare la cittadinanza. Del pari non si richiede che egli venga a stabilire il domicilio o la semplice residenza nel Regno.

I fatti anzidetti sono fissati dalla legge in modo limitativo; perciò verun altro fatto, per quanto simile, vale come modo tacito di eleggere la cittadinanza.

24. L'acquisto della cittadinanza per elezione non ha effetto se non dal giorno successivo a quello in cui furono adempiute le condizioni e formalità stabilite dalla legge e sopra descritte; altrimenti sarebbe leso il principio della irretroattività e si avrebbe l'inconveniente di lasciare in sospeso per ventidue anni la cittadinanza dell'eleggente, e tutti i diritti e doveri che ne derivano (art. 15).[1]

---

[1] Lo scopo di questo articolo fu quello di sciogliere legislativamente la questione, se l'elezione faceva acquistare all'eleggente la qualità di cittadino per l'avvenire soltanto, o retroattivamente fin dalla nascita, perciò la sua disposizione deve limitarsi a tal caso, che solo d'altra parte poteva presentare difficoltà; perciocchè come nascere il dubbio sull'effetto dell'acquisto della cittadinanza, per matrimonio o per naturalità? l'acquisto della quale cittadinanza, secondo i principii generali, produce effetto dal momento della celebrazione del matrimonio, dalla sanzione della legge, e dall'adempimento di tutte le condizioni e formalità richieste, perchè il decreto reale produca effetto (Consulta la Relazione Vigliani citata; Processo verbale, 2, V: Astengo, De-Foresta, I, 218 e seg.). Nè

25. Passando al secondo modo con cui può acquistarsi la cittadinanza, cioè al matrimonio, l'acquista mediante questo la donna straniera che si marita ad un cittadino (art. 9); ciò esigendo la comunanza di vita che si stabilisce fra i coniugi, l'unità della famiglia, e la necessità che identici rapporti esistano fra i suoi membri.

La cittadinanza si acquista dalla donna straniera, che si marita ad un cittadino, per virtù non solo del matrimonio valido, ma eziandio del matrimonio nullo che sia stato contratto in buona fede (matrimonio putativo) almeno dalla donna (art. 116); [1] salvo però il diritto di questa di accettare o rifiutare l'effetto civile del matrimonio, anche per riguardo all'acquisto

---

faccia difficoltà che nel detto art. 15 si legga; nei casi precedentemente espressi, quasi li comprendesse tutti; perciocchè questa espressione deve essere ristretta con la scorta dello scopo e della legge e dell'intenzione del Legislatore.

[1] Merlin, Rép. v° Mariage, sect. 1, § 2; Coin-Delisle, art. 12; Demolombe, I, 183; Buniva, Del diritto delle persone, pag. 25; *contro* Aubry e Rau, I, § 73, pag. 266; Legraverend, Legis. crim. t. 1, ch. 1, sect. VI, § 2; Astengo, De Foresta, I, 185; Bianchi, I, 240. La decisione contraria si sostiene dicendo; che il cambiamento di nazionalità della donna straniera che si marita ad un italiano è un effetto tutto proprio del matrimonio, che ha luogo di pien diritto, indipendentemente dalla volontà di lei; ora ciò non può avverarsi che nel matrimonio valido: quando il matrimonio è putativo, tal cambiamento dipende dalla volontà di essa. Ma sembrami che la volontà della donna non intervenga come causa del cambiamento della sua nazionalità, ma come accettante il benefizio che la legge le accorda, di valersi del matrimonio putativo; rimane sempre il matrimonio per causa produttrice del cambiamento di nazionalità. Il professor Bianchi, per confutare la decisione che ho creduto di seguire, dice che l'attribuzione della cittadinanza alla straniera che si marita ad un italiano, non è uno degli effetti civili contemplati dall'articolo 116. Parmi però potergli replicare, che certamente la medesima attribuzione è un effetto civile di un matrimonio valido, or bene il matrimonio putativo non produce forse tutti gli effetti di un matrimonio valido? Dall'altra parte mi apparisce arbitraria ogni distinzione che voglia farsi intorno all'articolo 116, che contiene una disposizione generale ed assoluta. In fine non è affatto da trascurarsi quest'ultima considerazione; che i figli di cotesta donna, per essere legittimi, saranno italiani. Dunque non potrà essere desiderio e interesse di lei di avere la stessa nazionalità de' propri figli?

della cittadinanza. Ma senza dubbio il matrimonio nullamente contratto dalla donna in mala fede non vale a conferirle la qualità di cittadina.

La cittadinanza si acquista dalla straniera che si marita ad un cittadino, tanto se sia maggiore quanto se sia minore; perciocchè, omesso che la legge non fa alcuna distinzione, la qualità di cittadina non viene già assunta dalla donna per atto di sua volontà; le viene invece attribuita di diritto dalla legge medesima; perciò anco in questa materia è perfettamente applicabile la regola che: *habilis ad nuptias, habilis ad matrimonii consequentias.* [1] Parimente si acquista dalla medesima tanto se perda quanto se conservi la cittadinanza che possedeva prima del matrimonio; così, esempligrazia, la donna inglese che si marita ad un italiano diviene cittadina italiana, benchè non cessi di essere cittadina d'Inghilterra (art. 9 e arg. *a contrario* art. 14). Infine si acquista da essa, non ostante ogni contraria dichiarazione, perciocchè le leggi risguardanti lo stato delle persone sono di ordine pubblico, alle quali non può derogarsi con private convenzioni. [2]

La donna straniera, divenuta cittadina per virtù del matrimonio, non perde tale qualità non solo per la separazione personale, per quanto legale, ma neppure collo scioglimento del matrimonio per morte del marito; perocchè anco vedova ha, o almeno può avere, legami di famiglia, d'interessi e di affezione, che creati dal matrimonio possono rendere tuttora importantissimo per lei il conservare la qualità di cittadina che aveva acquistato. Nè rileva che essa abbia o trasferisca la residenza o il domicilio in paese straniero: [3] la qualità di cittadina non può perdersi da lei, se non coi modi ordinari (art. 9).

26. In terzo luogo la cittadinanza si acquista per naturalità. La naturalità suole distinguersi in *grande* e *piccola* o *semplice*,

---

[1] Duranton, I, 188; Demolombe, I, 168, 183; Aubry e Rau, loc. cit.; Astengo, De Foresta, loc. cit.

[2] Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Processo verbale, 2. III.

in ragione degli effetti che produce. Chiamasi piccola la naturalizzazione concessa per decreto reale; e grande quella concessa per legge; la piccola non attribuisce quei diritti politici che per disposizione speciale non si possono acquistare se non in virtù della naturalizzazione accordata per legge. Tali sono principalmente i diritti dell'elettorato nei comizi politici. [1] La naturalità può aver luogo in tre modi; cioè per legge, per decreto reale e per annessione di territorio al Regno.

27. Ogni straniero dell'uno o dell'altro sesso, di qualunque paese, condizione ed età può acquistare la cittadinanza colla naturalità concessa per legge, o per decreto reale (art. 10 princ.).

Nè al potere legislativo, nè al Re particolarmente sono imposte condizioni all'esercizio del diritto di concedere la naturalità al primo con sua legge, al secondo con suo decreto.

Ma per potere il decreto reale produrre l'effetto di conferire la cittadinanza allo straniero che l'ha ottenuto, si richiede l'adempimento di queste tre condizioni, cioè:

1° Che il decreto reale sia registrato dall'uffiziale dello stato civile del luogo, dove lo straniero intende fissare od ha fissato il suo domicilio. La registrazione deve esser fatta, sotto pena di decadenza, entro sei mesi dalla data del decreto;

2° Che lo straniero abbia fissato o fissi il suo domicilio nel Regno. [2] Può fissarvi il domicilio in qualunque tempo, non essendone fissato alcuno dalla legge; [3]

---

[1] Leg. 20, nov. 1859, art. 2. La diversità dei sopraddetti effetti era espressamente considerata nell'art. 13 del Progetto Pisanelli modificato dal Senato. Ne tace a ragione il Codice civile, che statuisce sul godimento dei diritti civili, e non su quello dei diritti politici.

[2] Questa condizione risulta manifestamente dal capov. 1° dell'articolo 10, perchè esso prescrive; doversi il decreto reale registrare dall'uffiziale dello stato civile del luogo, dove lo straniero intende di *fissare*, od ha *fissato* il suo domicilio. Risulta pure dal capov. ultimo del cit. articolo 10, ove è disposto, che la moglie e i figli minori dello straniero, che ha ottenuto la cittadinanza, divengono cittadini, semprechè abbiano *anch'*essi fissato la residenza nel Regno.

[3] Non avendo la legge fissato il tempo entro il quale lo straniero debba

3° Che lo straniero medesimo presti giuramento davanti lo stesso uffiziale di essere fedele al Re, e di osservare lo Statuto e le leggi del Regno (art. 10).

Al contrario la naturalità concessa per legge conferisce al naturalizzato la cittadinanza di diritto e senza l'osservanza di alcuna formalità o l'adempimento di veruna condizione; e particolarmente non si richiede che egli abbia fissato o fissi il suo domicilio nel Regno (arg. *a contrario* art. 10, capov. 1° e 2°).

28. Finalmente, quanto alla cittadinanza che può acquistarsi colla naturalità derivante dall'annessione di territorio, deve distinguersi. Se l'annessione di territorio ha per base il principio di nazionalità, l'annessione rende i cittadini tutti nazionali appartenenti al territorio annesso, quand'anche domiciliati fuori di questo; così, per esempio, ove all'Italia venisse annesso il Tirolo, diverrebbero cittadini italiani tutti i Tirolesi, non esclusi quelli che fossero domiciliati a Vienna nel giorno dell'annessione; come al contrario rimarrebbero stranieri tutti gli Austriaci che vi fossero domiciliati. Ove al contrario l'annessione di territorio non avesse luogo in base a quel principio, acquisterebbero la cittadinanza italiana le persone che fossero cittadine dello Stato da cui viene staccato quel territorio, e in questo fossero domiciliati. [1] Nulla rileva del resto

fissare il suo domicilio nel Regno, non può sostenersi che sia tenuto a ciò fare entro sei mesi dalla data del decreto; perciocchè la registrazione può esser fatta non solo nel luogo dove ha fissato il domicilio, ma eziandio nel luogo dove intende fissarlo. Neanco può trarsi argomento da disposizioni analoghe per fissare questo termine; perocchè trattasi di limitare un diritto. In mancanza dunque di disposizione formale, non resta che decidere, potervelo fissare in qualunque tempo; e perciò potere in qualunque tempo acquistare definitivamente la cittadinanza (nello stesso senso Bianchi, I, 243). Ma se venga a morire prima di fissarvelo, la moglie e i figli non possono valersi del decreto per godere della cittadinanza (Vedi num. seg.).

[1] Nella prima edizione considerai solamente il primo caso, come quello che solo mi si presentava possibile, giusta i principii fondamentali del nostro diritto pubblico. Ora considero anche il secondo non solo per esporre compiutamente la teoria che parmi di stabilire, ma eziandio per rispondere alle osservazioni

che l' annessione abbia luogo per volontaria dedizione degli abitanti, per convenzione diplomatica o per conquista.

Queste regole però in tanto sono applicabili, in quanto convenzioni diplomatiche non regolino affatto o incompiutamente questa materia.

29. Il benefizio dell'acquisto della cittadinanza si estende alla moglie e ai figli minori, maschi o femmine di colui che l'ha acquistata; in altri termini, e l'una e gli altri divengono cittadini col marito e padre rispettivo; essendo contrario all'unità della costituzione della famiglia e pregiudizievole ai rapporti giuridici di questa, che fra il marito e la moglie, tra il padre e i figli minori, che regolarmente sono rappresentati da lui nella vita civile, esista differenza di cittadinanza.[1]

Questo benefizio si gode non solo dai figli legittimi e legittimati, ma eziandio dai naturali riconosciuti o dichiarati. Quanto agli adottivi reputo che debba prevalere lo stato e il rapporto della famiglia naturale.

Ma per godere di tale benefizio, la moglie e i figli debbono fissare la loro residenza nel Regno, ne'casi in cui l'acquisto della cittadinanza per parte del rispettivo marito e padre sia subordinato alla condizione che egli vi fissi il domicilio; ne'casi cioè dell'acquisto della cittadinanza per elezione o per naturalità ottenuta per decreto reale (art. e arg. art. 10, capov. ult.).[2]

---

critiche fatte alla mia prima decisione dal distinto professor Bianchi (I, 232). Questi segue indistintamente la dottrina, secondo cui « l'annessione di un territorio trae seco per necessaria conseguenza la naturalizzazione collettiva e di pieno diritto per tutte le persone, che appartenendo per cittadinanza allo Stato da cui quel territorio viene staccato, si trovano domiciliate nel territorio stesso al tempo dell'annessione. » Ma, di grazia, non deriva per logica necessità da questo principio che, per esempio, uno del Tirolo italiano che fosse domiciliato a Vienna nel giorno che quel paese fosse annesso all'Italia, rimarrebbe straniero all'Italia; e viceversa divenisse cittadino italiano un Viennese domiciliato nel Tirolo italiano? In questa ipotesi non sembra all'egregio professore che il rapporto di nazionalità debba prevalere sulla relazione che il domicilio stabilisce fra la persona e il luogo?

[1] Relazione Pisanelli, I, 3 e 4.

[2] Quando la condizione del domicilio nel Regno non è imposta allo straniero

Queste regole sono applicabili non solo quando la cittadinanza siasi acquistata dallo straniero per naturalità, ma eziandio per elezione, o nel relativo caso, per matrimonio.[1]

SEZIONE III.

DELLA PERDITA DELLA CITTADINANZA

SOMMARIO

30. Transizione. — Dei modi co'quali può essere perduta la cittadinanza; elezione, rinunzia matrimonio, cessione di territorio del Regno.
31. A quali persone sia data facoltà di perdere la cittadinanza coll'eleggere la qualità di straniero.
32. In qual modo si elegga la qualità di straniero.
33. Chi possa perdere la cittadinanza per rinunzia. Fondamento della facoltà di rinunziare alla cittadinanza. La rinunzia può aver luogo in modo tacito ed espresso. È necessaria per l'efficacia della rinunzia l'autorizzazione del Governo?
34. In qual modo si faccia la rinunzia espressa.
35. Della rinunzia tacita. In base a qual principio si desuma dai fatti la rinunzia tacita. La determinazione dei fatti è limitativa e non dimostrativa; conseguenze. Quali siano questi fatti. È necessario che siano compiuti da un maggiore di età? *Quid juris*, se siano stati compiuti da un minore?
36. Chi in primo luogo perda la cittadinanza per rinunzia tacita; quegli che ha ottenuta la cittadinanza in paese estero. Ciò ha sempre luogo?
37. Chi in secondo luogo perda la cittadinanza per rinunzia tacita; quegli che abbia accettato impiego da un Governo estero. Quali impieghi vengono considerati dalla legge?
38. Chi in terzo luogo perda la cittadinanza per rinunzia tacita; quegli che sia entrato al servizio militare di potenza estera.
39. L'accettazione dell'impiego e l'entrata nel servizio militare appresso un Governo estero non fanno perdere al cittadino la sua qualità, se ne abbia avuto la permissione dal Governo proprio.
40. La perdita della cittadinanza s'incorre *ipso jure*; conseguenze.
41. Degli obblighi che verso la patria conserva chi abbia perduto la cittadinanza per rinunzia.
42. Chi perda la cittadinanza per matrimonio.
43. Chi la perda per cessione di parte di territorio del Regno.
44. Delle regole comuni ai vari modi con cui si perde la cittadinanza. Estensione dell'effetto della perdita della cittadinanza. Tempo in cui ha effetto la perdita della cittadinanza.

---

divenuto cittadino, non può al certo esigersi che nel Regno risieda la moglie, che deve coabitare con lui, o vi risiedano i figli minori, che del pari sono obbligati a non abbandonare la casa paterna.

[1] Noto formalmente ciò; perchè il capoverso ultimo potrebbe indurre a credere che l'acquisto della cittadinanza per naturalità soltanto produca tale effetto.

30. Dai modi di acquistare la cittadinanza, si passa ora a discorrere intorno ai modi co' quali può essere perduta.

Questi modi sono quattro; cioè:

1° L'elezione della qualità di straniero;

2° La rinunzia della cittadinanza italiana;

3° Il matrimonio contratto da un'Italiana con uno straniero;

4° La cessione di una parte del territorio del Regno ad una potenza estera.

31. È data facoltà di eleggere la qualità di straniero, perdendo la cittadinanza italiana, a tre classi di persone, cioè:

1° Ai figli provenienti ne' congrui casi da padre o da madre che prima della nascita di quelli avevano perduto la cittadinanza, e riputati cittadini per esser nati nel Regno e avervi ritenuto la residenza (art. 5, capov.); [1]

2° Ai figli provenienti da padre o da madre stranieri che erano domiciliati nel Regno da dieci anni non interrotti prima del nascimento de' medesimi, e riputati cittadini per essere quivi nati (art. 8, capov. 10); [2]

3° Ai figli nati da padre o da madre stranieri che durante la minore età di quelli avevano ottenuto la cittadinanza, e divenuti cittadini col genitore di cui avevano seguito la condizione [3] (art. 10, capov. ult.). [4]

La facoltà di eleggere la qualità di straniero non è accordata ad altre persone e neppure ai discendenti immediati delle sunnominate persone. [5]

---

[1] Vedi sopra n. 18.

[2] Vedi sopra n. 19.

[3] Vedi sopra n. 29.

[4] Il capoverso ultimo del citato articolo 10 si riferisce letteralmente ai figli minori di uno straniero che abbia acquistato la cittadinanza per naturalità. Ma senza dubbio la disposizione è applicabile ai casi, ne' quali il genitore di cui seguono la condizione, abbia ottenuto la cittadinanza per altre cause. Ogni differenza di trattamento sarebbe illogica e affatto ingiustificabile.

[5] Vedi sopra n. 19.

Il diritto concesso alle anzidette persone di eleggere la qualità di straniero perdendo la cittadinanza italiana, sa di privilegio, giustificato però dal rispetto alla libertà individuale delle medesime, alle quali la legge attribuiva la qualità di cittadino senza il concorso della loro volontà.

Le anzidette persone pèrdono la qualità di cittadino, quand'anche non acquistino la qualità di straniero; perocchè alla fin fine la elezione della qualità di straniero si risolve in un' implicita rinunzia alla qualità di cittadino (arg. *a contr.* art. 14). E acquistando la qualità di straniero, è affatto indifferente che questa sia identica a quella posseduta dai loro genitori o ne sia diversa.

L' elezione della qualità di straniero non ha effetto, se non dal giorno successivo a quello in cui furono adempiute le condizioni e le formalità stabilite dalla legge (arg. art. 15). [1]

32. La qualità di straniero si elegge mediante dichiarazione che il figlio faccia entro l'anno dalla età maggiore, determinata secondo le leggi del Regno, [2] davanti l' uffiziale dello stato civile della sua residenza, o, se si trova in paese estero, davanti i regii diplomatici o consolari; nel modo stesso che nei relativi casi gli stranieri possono per dichiarazione eleggere la qualità di cittadino (art. 5° capov., art. 7° capov. 1°, art. 8° capov. 1°, art. 10 capov. ult.). Ma non si richiede che l'eleggente vada a fissare in paese estero il suo domicilio; perciocchè da una parte tale condizione non è richiesta dalla legge; dall'altra il solo avere domicilio nel Regno non pregiudica per legge italiana alla qualità di straniero che alcuno possegga.

33. Per rinunzia poi può perdere la cittadinanza italiana ogni cittadino, senza distinzione di sesso e di condizione. Ma non gode di tale facoltà la donna maritata che, per origine o per fatti sopravvenuti, sia cittadina italiana. [3]

---

[1] Bianchi, I, 229 e 231.

[2] Vedi sopra n. 23.

[3] Il professor Bianchi (I, 248), è di contrario avviso. Egli osserva innanzi tutto che la disposizione dell' articolo 11, n. 1° è generale ed assoluta;

La facoltà concessa ad ogni Italiano di rinunziare alla sua cittadinanza ha per base il principio di diritto naturale, in forza del quale deve essere permesso ad ogni individuo di abbandonare il suolo, dove è nato, e dove non trova più il suo conto di dimorare; si fonda inoltre sul principio del nostro diritto pubblico, secondo cui una patria libera vuole liberi figli e non servi della gleba.

La rinunzia alla cittadinanza italiana può aver luogo in modo espresso o tacito; giusta che si faccia con formale dichiarazione, o risulti da fatti.

Per l'efficacia della rinunzia o espressa o tacita non è richiesta l'autorizzazione del Governo, in omaggio alla libertà individuale, e in ragione dell'eguaglianza fra le nazioni; perciocchè come la legge nostra ammette lo straniero ad acquistare la cittadinanza italiana senza il consentimento del Governo della nazione a cui esso appartiene, ragion vuole che pari trattamento sia usato verso lo Stato estero, presso il quale il nostro cittadino va a cercare una nuova patria.[1]

34. La rinunzia espressa si fa con dichiarazione davanti il competente uffiziale dello stato civile. La sua competenza è

secondariamente riflette che il principio generale; dover la moglie seguire la condizione del marito: rimane modificato dagli articoli 10 e 11, capov. ultimi; in quanto lo subordinano alla condizione della residenza o fissata nel Regno o trasferita da lei in paese estero; conchiude in fine che da ciò risulta quanto basta, aver voluto il nostro legislatore dare anche alla moglie il diritto di rinunziare alla cittadinanza italiana, conformemente al sistema di piena libertà da esso stabilito. Queste ragioni sono certamente sagaci e di molto valore. Tuttavia non mi sembra che il Legislatore patrio dia veramente tanto potere alla moglie di un cittadino italiano. Imperocchè l'articolo 10 capov. ultimo nega alla moglie di uno straniero, divenuta con questo cittadina, la facoltà di scegliere la qualità di straniera. Eppure sarebbe stato questo il caso più favorevole per riconoscere a lei il diritto di mutare stato, anche durante il matrimonio. Senza dubbio il sopraddetto principio rimane in certa guisa modificato dagli articoli 10 e 11; ma trattasi di non far subire alla donna maritata una mutazione che può non essere nei desiderii suoi e del marito, e di loro interesse. Or è ben altra cosa che la medesima possa farla da sè contro le leggi della famiglia. Consulta in questo senso, ma per altre ragioni, Laurent, I, 395.

[1] Relazioni cit., loc. cit.

determinata dal domicilio o dalla residenza attuale del rinunziante (art. e arg. art. 11, 1°). Se questi avesse già trasferito il domicilio o la residenza in paese estero, reputo che possa fare la dichiarazione davanti i regii agenti diplomatici o consolari (arg. art. 5, capov.).[1]

Ma per potere l'anzidetta dichiarazione produrre i suoi effetti si richieggono due condizioni, cioè:

1° Che sia stata fatta da un maggiore di età non interdetto;

2° Che il dichiarante abbia trasferito o trasferisca in paese estero la sua residenza; il qual fatto dimostra il suo proposito serio e fermo di rinunziare alla qualità di cittadino per prendere la qualità di straniero (art. 11, 1°). Quindi, se egli dopo fatta l'anzidetta dichiarazione, continua a tenere la sua residenza nel Regno, continua del pari ad essere ritenuto cittadino. Non fissando però la legge al cittadino alcun termine

---

[1] A primo avviso sembra che non vi sia ragione per negare al minore, o al maggiore interdetto ne' suoi lucidi intervalli il diritto di rinunziare alla cittadinanza, potendo anzi essere di suo interesse, come se ad esempio sia stato adottato per figlio da uno straniero, e non possa godere dei benefizii dell'adozione senza divenire concittadino dell'adottato, o sia stato da quello istituito erede sotto la espressa condizione di rinunziare alla cittadinanza italiana e acquistare quella di lui. Se non che la rinunzia della cittadinanza è uno di quegli atti, che non può compiersi che dalla persona rinunziante, come è la celebrazione del matrimonio, il fare testamento. Or bene, daremo noi al minore il libero esercizio di sì grave diritto, quale è quello di rinunziare alla propria cittadinanza? In qual anno della sua vita avrà egli la capacità morale o giuridica di consentire liberamente la rinunzia? L'età di diciotto anni fissata dalla nostra legge per far testamento (art. 763) e celebrare il matrimonio (art. 55) non può al tempo stesso dichiararsi nè necessaria, nè sufficiente, perciocchè da una parte non vi è alcuna analogia fra questi atti e la rinunzia della cittadinanza, e dall'altra il far testamento non può mai nuocere, e la celebrazione del matrimonio è subordinata al consenso degli ascendenti o delle autorità tutorie. Permettere poi che la rinunzia sia fatta da' genitori o dai tutori coll'autorizzazione del consiglio di famiglia o con l'omologazione del tribunale, sarebbe lo stesso che legittimare un tirannico spoglio della proprietà più cara ad un'anima italiana, la sua cittadinanza.

entro cui debba, dopo la dichiarazione suddetta, trasferire in paese estero la sua residenza; reputo che la sua dichiarazione, per regola, rimanga sempre efficace; e che di conseguenza egli perda effettivamente la qualità di cittadino nel giorno, benchè tardissimo, in cui vada a risedere in paese estero. Se non che la residenza continuata nel Regno dopo la dichiarazione di rinunzia alla cittadinanza, può importare tacita revoca della dichiarazione medesima. Ciò stante, ove il dichiarante trasferisca in effetto la residenza in paese estero e sorga controversia sulla qualità di cittadino o di straniero che possa aversi da lui, è ufficio del giudice di decidere col suo prudente arbitrio, se tale revoca abbia o no avuto luogo.

Quanto poi al paese estero in cui il cittadino che ha dichiarato di rinunziare alla cittadinanza italiana deve trasferire la residenza, egli ha la più estesa libertà di elezione: in altri termini è affatto indifferente che egli la trasferisca in uno Stato piuttosto che in un altro. In ogni caso la rinunzia deve esser fatta con animo serio e senza frode; chè altrimenti sarebbe inefficace.[1]

Fatta la dichiarazione di rinunzia della cittadinanza e trasferita in paese estero la residenza, la qualità di cittadino si perde dall'autore di tali fatti, quand'anche non acquisti presso alcun popolo la qualità di cittadino.

35. La rinunzia tacita alla cittadinanza si desume dai fatti in base al principio che niuno può essere cittadino di due patrie: *nemo duarum civitatum civis esse potest;* nè conciliare i doveri

---

[1] In seno alla Commissione governativa di coordinamento fu proposto che al numero 1° dell'art. 11 del Codice si aggiungesse la parola *efficacemente*, acciocchè, si diceva, non avvenga lo sconcio che un cittadino rinunzi con frode alla sua nazionalità per fare in alcuni casi una speculazione a danno dei terzi. Ma essendosi osservato che bastavano a tal uopo i principii generali, secondo i quali gli atti fraudolenti e simulati sono improduttivi di effetto, il proponente non insisterà nella sua proposta, e si limita a manifestare il desiderio che per antivenire qualunque dubbio in proposito si facesse constare nel processo verbale e della sua proposta, e dell'unico motivo per cui non veniva accolta: ciò che la Commissione gli accordava (Processo verbale, 3, V).

verso il proprio paese, servendo nella milizia e negli uffizi pubblici di Stati esteri.

La legge medesima colla scorta di tale principio ha determinato i fatti dai quali risulta la rinunzia tacita alla cittadinanza italiana. La determinazione di tali fatti, è tassativa; perciò non si può desumere la rinunzia da altri fatti, per quanto analoghi. Questi fatti sono: *a*) il conseguimento della cittadinanza in paese estero; *b*) l'accettazione di un impiego pubblico da un Governo estero; *c*) l'entrata nel servizio militare presso una potenza estera.

Ma tali fatti allora solo importano efficace rinunzia tacita alla cittadinanza italiana, quando sieno compiuti da una persona maggiore di età. Ove gli abbia compiuti un minore, è necessario che vi perseveri sino a tutto l'anno ventiduesimo dell'età sua (arg. art. 5 e 6).[1]

36. Pertanto perde in primo luogo la cittadinanza per rinunzia tacita quegli che abbia ottenuto la cittadinanza in paese estero (art. 11, 2°). Per incorrere nella perdita della qualità di cittadino italiano non basta che la cittadinanza in paese estero sia stata richiesta; è necessario che sia stata ottenuta; perciocchè il richiedente, dopo la dimanda, può mutare consiglio e arrestare il corso degli atti necessarii per ottenerla definitivamente, e può anche non ottenerla, malgrado i suoi maggiori sforzi.[2] Del pari non perde la qualità di cittadino

[1] Il professor Bianchi (I, 254), pur desiderando abbracciare questa decisione, non si crede autorizzato ad adottarla per mancanza di disposizione testuale. Perciò reputa invece che a rigore il minore perde la cittadinanza al toccare la maggiore età; siccome però gli sembra estremamente rigorosa tale decisione, preferisce di rimettere la soluzione della quistione al giudizio dell'autorità giudicante. Ma parmi che l'argomento di analogia, tratto dagli articoli 5 e 6, valga quanto basta per rendere accettabile la decisione che do, perchè conforme ai principii di questa materia, e perchè raccomandata pure da' precedenti legislativi de' Codici parmense ed estense.

[2] Senza dubbio il cittadino, che fa i maggiori sforzi per ottenere la cittadinanza in paese estero, mostra di avere il proposito serio e fermo di voler perdere la qualità di cittadino italiano. Ma evidentemente tale proposito

quegli al quale la cittadinanza in paese estero fosse conferita in benemerenza di servigi prestativi o per onorificenza de'propri meriti personali; e in generale per cause direttamente indipendenti dalla sua volontà; perciò, esempigrazia, un Italiano che fondi uno stabilimento commerciale in Ispagna non perde per tal nudo fatto la cittadinanza italiana, sebbene per legge spagnuola divenga cittadino spagnuolo. Ove però egli espressamente o tacitamente accetti il benefizio della naturalità accordatagli; tale sua accettazione si equipara al conseguimento diretto e libero della medesima.[1] Del resto quegli che ottiene la cittadinanza in paese estero, perde la italiana, quantunque continuasse o ristabilisse nel Regno la residenza; perchè il diritto di risedere in Italia è affatto indipendente dalla qualità di cittadino o di straniero.[2]

37. In secondo luogo la cittadinanza si perde per rinunzia tacita da colui che senza permissione del Governo abbia accettato impiego da un Governo estero (art. 11, 3°). Tale rinunzia risulta esclusivamente dall' accettazione dell' impiego, e non dalla sola dimanda, per le medesime ragioni esposte nel caso precedente; e molto meno risulta dal conferimento del medesimo.

L' impiego deve essere governativo, cioè conferito dal Governo estero; sicchè quegli che l' ha ottenuto, trovasi di necessità in dipendenza diretta dal medesimo nell' ordine sia politico, sia amministrativo, sia giudiziario. Ma non rileva che

---

subordinato alla convinzione di ottenere la cittadinanza nei dato paese straniero. Sarebbe poi troppo grave pena il considerarlo straniero per i tentativi fatti per divenire cittadino in un paese estero. Tal pena d'altra parte non gli è inflitta dalla legge, e niuno, fuori di questa, potrebbe arrogarsi il potere d' infliggerla (Consulta Demolombe, I, 179; Bianchi, I, 251).

[1] Demolombe, loc. cit.; Astengo, De-Foresta, I, 196; Bianchi, loc. cit. Si noti però che può aver avuto luogo l' accettazione dell' onore conferito dalla cittadinanza straniera, piuttosto che l' accettazione di quest' ultima: la prima non può importare la perdita della cittadinanza italiana.

[2] Processo verbale, 3, III.

l'impiego debba esercitarsi nel paese estero il cui governo l'ha conferito al nostro concittadino, o nel Regno, o in altro Stato.

Al contrario non importa rinunzia tacita e perdita della cittadinanza italiana l'accettazione di un impiego conferito da una provincia o da un comune o da un istituto civile o ecclesiastico di paese estero. Non importa neppure rinunzia tacita e perdita della cittadinanza italiana la prestazione de' propri servigii alla persona di un privato, o anche del sovrano estero. Del pari tale effetto non deriva dall'esercizio che si faccia in paese estero, di una professione, come d'insegnante, di avvocato, e di medico, o del ministero ecclesiastico; senza distinguere se tale servizio possa farsi liberamente o sotto la condizione di prestar giuramento; semprechè questo sia compatibile cogli obblighi inerenti alla qualità di cittadino italiano.

Che se l'esercizio della professione sia retribuito dal Governo estero, come se l'insegnante fosse nominato professore in una università; il medico prestasse l'opera sua in uno spedale; il sacerdote assumesse la cura delle anime, è opinione benigna e abbastanza comune che essi non incorrano nella perdita della cittadinanza; perchè sembra che per effetto di tale retribuzione non cadano sotto la dipendenza diretta del Governo estero, e non si trovino nella posizione di non poter conciliare col proprio ufficio i doveri di cittadino. Ma è savio consiglio di chiedere anche in tali casi la permissione del Governo, essendo bene a temersi che contraria decisione possa pronunziarsi dall'autorità giudiziaria, avuto riguardo specialmente alle circostanze di fatto.[1]

38. In terzo luogo la cittadinanza si perde per rinunzia tacita da colui che parimente senza permissione del Governo sia entrato al servizio militare di potenza estera (art. 11, 3°). Il servizio militare deve essere preso da lui in un corpo disciplinato e assoldato dal Governo estero. Ma non rileva che egli fosse o

[1] Consulta Merlin, Rép. v° Français; Coin-Delisle, art. 17, n. 14; Dalloz, X, Rép. v° Droit civ. n. 536; Demolombe, I, 180; Astengo, De-Foresta, I, 297; Bianchi, I, 252.

no tenuto a prestar servizio nell'armata italiana di terra o di mare; il servizio militare che si presta ad una potenza estera è per se stesso incompatibile coi doveri generali di cittadino; importa quasi il sacrifizio della propria vita a servizio di quella potenza.

Il servizio temporaneo e volontario che un cittadino, trovandosi in paese estero, prestasse in caso di urgenza per garantire la sicurezza pubblica, o per respingere un'invasione dal paese ove risiede, non importa la sua rinunzia alla cittadinanza italiana; perchè in vero egli non ha l'animo di servire la potenza estera, sibbene di provvedere a sè, ai suoi e alle cose sue col difendere il luogo della sua residenza e tutelarne l'ordine. [1] Parimente non può ritenersi per rinunziante alla cittadinanza quel cittadino che corre in paese estero a prendere e a prestar servizio; la cosa stessa dicasi del servizio prestato in milizie irregolari, quali, esempigrazia, quelle che servirono l'insurrezione di Polonia e di Candia. [2]

39. Ma, come si diceva, l'accettazione dell'impiego del servizio militare non produce la perdita della cittadinanza, se non quando abbia avuto luogo senza la permissione del Governo (art. 11, 3°).

La permissione del Governo deve precedere l'accettazione dell'impiego e l'entrata nel servizio militare; perciocchè si permette un atto da fare, e non uno compiuto; e da altra parte chi accetta impieghi o servizio militare in paese straniero, senza averne ottenuto la permissione dal proprio Governo, mostra chiaramente la volontà di rinunziare alla propria patria. [3] Tuttavia reputo che il cittadino, il quale sotto riserva della permissione del Governo accetti un impiego da un Governo estero, o entri al servizio militare di potenza estera, non perda, *ipso facto* la cittadinanza; e che perciò, ove in effetto dimandi

---

[1] Demolombe, I, 185, 3°, Astengo, De-Foresta, I, 198.
[2] Demolombe, I, 185, Astengo, De-Foresta, loc. cit.
[3] Astengo, De Foresta, I, 197.

ed ottenga tale permissione, debba ritenersi che egli sia rimasto e continui ad essere cittadino. [1]

40. In tutti i casi la cittadinanza si perde per rinunzia tacita *ipso jure;* perciò rimarrebbe senza efficacia qualunque contraria dichiarazione o protesta.

Nè vale ad evitare la perdita della cittadinanza per rinunzia tacita, che quegli, il quale ha ottenuto la cittadinanza in paese estero, o accettato un impiego da un Governo estero, o sia entrato al servizio militare di potenza estera, continui o fissi la sua residenza nel Regno; perchè il diritto di risedere in Italia è affatto indipendente dalla qualità di cittadino o di straniero. [2]

41. Ma la perdita della cittadinanza per rinunzia espressa o tacita non esime il rinunziante dagli obblighi del servizio militare, nè dalle pene inflitte a chi porti le armi contro la patria (art. 12); perciocchè quanto al primo oggetto, non sarebbe più possibile la formazione di un esercito nazionale, se ai chiamati al servizio militare fosse aperta la via a sottrarvisi, rinunziando alla cittadinanza. Quanto poi al portare le armi contro la patria, è quest' azione tal misfatto che si accosta al parricidio, e la libertà di rinunziare alla cittadinanza di origine non può, senza incompatibile eccesso, essere spinta tanto oltre da sciogliere il rinunziante da ogni vincolo o dovere naturale verso la terra che gli fu madre. [3]

Reputo per altro che queste pene gli sieno applicabili soltanto allora che egli volontariamente e non in obbedienza agli

---

[1] Questa benigna decisione può, senza dubbio, riescir provvida ed anco equa. In vero si supponga che un nostro cittadino residente in America abbia l'offerta di un lucroso ed onorifico impiego, una carica militare superiore da accettarsi o rifiutarsi immantinente, ed egli accetti sotto la riserva di averne la permissione del Governo e di rinunziare all'impiego o alla carica militare ove non la ottenga: preferendo in tale caso e altri simili la qualità d'Italiano all'impiego o al servizio militare, pare equo che egli, pel solo fatto dell'accettazione condizionata, non debba perdere la qualità di cittadino italiano (in questo senso Buniva, Diritto delle persone, pag. 45).

[2] Processo verbale, 3, III.

[3] Relazione Pisanelli, loc. cit.

ordini del Governo del paese di cui divenne cittadino, porti le armi contro la patria; o allora che a tale esecrabile intento siasi fatto cittadino del paese estero che abbia dichiarato o sia per dichiarare la guerra a noi. [1]

L'obbligo del servizio militare non incombe ai figli del rinunziante; perchè da una parte manca riguardo ad essi la ragione della legge; in quanto che pèrdono la qualità di cittadini senza il concorso della loro volontà; dall'altra la legge riconosce loro implicitamente la facoltà di sottrarsi al servizio militare (art. 4, capov. ult.). [2] Quanto alle pene inflitte a chi porta le armi contro la patria, reputo che v'incorrano nei limiti in cui vi sarebbero incorsi i loro genitori. [3]

Non si possono affatto avere per condonate tali pene per virtù della permissione che il Governo conceda all'ex-cittadino di rientrare nel Regno per acquistare la cittadinanza italiana. [4]

42. Col matrimonio perde la cittadinanza la donna cittadina che si marita ad uno straniero; semprechè però col fatto del matrimonio acquisti la cittadinanza del marito (art. 14). Quindi una donna italiana che si marita ad un Francese perde la cittadinanza italiana, acquistando la francese (art. 12, Cod. Napoleonico). Ma se la legge della nazione del marito [5] non conferisce la cittadinanza alla donna straniera condotta in moglie, questa continuerà ad essere cittadina italiana (art. cit.) [6]

---

[1] Tale limitazione all'articolo 12 mi sembra reclamata dalla giustizia; perchè l'ex-cittadino di malincuore, forse esecrando la nuova patria, può essere costretto a servire nell'esercito diretto contro la sua terra natale; nè può sempre rimproverarglisi di essere stato imprevidente. Se, esempligrazia, sullo scorcio del 59 un Italiano avesse ottenuto la cittadinanza francese, e nel 71, come Francese naturalizzato, fosse spinto con altri armati contro l'Italia, chi potrebbe ravvisare in lui un traditore, un nemico della patria?

[2] Bianchi, I, 259.

[3] Bianchi, loc. cit. il quale però non accenna alla limitazione che ho creduto apportare alla disposizione dell'art. 12 (vedi la nota precedente 1).

[4] Vedi appresso, n. 45.

[5] Tale era, per esempio, la legge inglese prima degli statuti VII e VIII della regina Vittoria.

[6] Processo verbale, 3, VI.

Il matrimonio deve esser valido o contratto in buona fede almeno dalla donna, la quale però potrà reclamarne gli effetti. [1] È poi indifferente ancora in questo luogo che essa sia maggiore o minore di età. [2]

43. Le stesse persone che, avvenendo annessione di territorio estero al Regno, acquisterebbero la cittadinanza, la pèrdono con la cessione di una parte del territorio del Regno a Stato estero. Perciocchè divenendo straniero il territorio, forza è che ne divengano straniere anche le persone che ne sono cittadini originari o naturalizzati. Neppur qui deve distinguersi se la cessione abbia avuto luogo per libera volontà della popolazione, per convenzione diplomatica o per conquista. [3]

44. Restano a vedersi intorno alla perdita della cittadinanza le regole comuni, applicabili ai varii modi con cui la perdita medesima ha luogo. Esse sono due, la prima delle quali riguarda l'estensione dell'effetto della perdita della cittadinanza, l'altra il tempo in cui la perdita medesima produce il suo effetto.

Quanto alla prima, la perdita della cittadinanza per rinunzia espressa o tacita fattane da un cittadino, produce effetto anche in riguardo alla moglie e ai figli minori del rinunziante ; in altri termini l'una e gli altri divengono stranieri col rispettivo marito e padre, per le medesime ragioni per cui da essi nel caso inverso si acquista la cittadinanza (art. 11, capov. 4°). Ma se la moglie e i figli continuino a tenere la loro residenza nel Regno, essi conservano la qualità del cittadino (art. e capov. cit.).

Nulla rileva che essi rimangano a risedere nel Regno col consenso o contro il volere del marito e padre rispettivo ; perciocchè qui il fatto dimostra praticamente impossibile l'unità della famiglia e l'intimità dei rapporti di essa; unità e intimità che la legge ha voluto salvare coll'estendere alla moglie e ai figli l'effetto della rinunzia alla cittadinanza, fatta dal marito

[1] Vedi sopra n. 25.

[2] Vedi sopra n. cit.

[3] Vedi sopra n. 28.

e padre rispettivo. D'altra parte tal fatto manifesta in tutte coteste persone, o almeno in quelle che rimangono nel Regno, la volontà di conservare la cittadinanza italiana; alla quale volontà sommamente deferisce e presta protezione la nostra legge. Del pari divengono stranieri i figli minori di padre ignoto e di madre cittadina nota, che per rinuncia alla cittadinanza italiana divenga straniera (arg. art. 11, capov. 4°); ove del pari non continuino a risedere nel Regno; continuando a risedervi rimangono cittadini.

Perchè nei casi sopraddetti la moglie e i figli minori di un cittadino che rinuncia, non divengano con lui stranieri, non basta che essi rimangano nel Regno per un tempo relativamente breve, dopo avvenuta la perdita della cittadinanza del loro marito e padre rispettivo; la legge vuole che essi *continuino* a risedervi. Non credo però che, in qualunque tempo avvenire essi vadano a risedere in paese estero, divengano per questo solo fatto stranieri; chè altrimenti sarebbe loro interdetta per sempre la facoltà di andare a dimorare all'estero, facoltà che compete ad ogni cittadino. Reputo invece che, ove dopo un tempo abbastanza lungo le anzidette persone trasportino in estero paese la loro residenza, si debbano esaminare le ragioni per cui dapprima sono rimaste nel Regno per un certo tempo, e in seguito abbiano trasferito all'estero la loro residenza e tutte le altre circostanze, e in ispecie se la fissano o no presso il marito o padre rispettivo; e secondo i risultati di tale esame decidere se la residenza continuata nel Regno abbia avuto o no la virtù di sottrarli alla eredità della cittadinanza.

Queste decisioni sono applicabili ai figli di madre cittadina che divenga straniera; semprechè non continuino a risedere nel Regno (arg. art. 11, capov.).

Infine reputo che l'effetto della perdita della cittadinanza si estenda alle sopraddette persone, non solo nel caso in cui il marito, il padre o la madre rispettiva perdano la cittadinanza per rinunzia espressa o tacita, ma anche nel caso in cui la perdano per elezione, per naturalità, per matrimonio.

Ma ad un tempo reputo che nè la moglie nè i figli di colui che cessa di essere cittadino perdano la qualità d'Italiani

che in quanto quegli acquisti la cittadinanza in paese estero, e la medesima cittadinanza sia comunicata dalla legge straniera alla moglie e ai figli di lui (arg. art. 14, capov. 1º in fine).[1] La stessa decisione è applicabile ai figli che seguono la condizione della madre.

Quanto alla seconda regola, la perdita della cittadinanza non ha effetto, se non dal giorno successivo a quello in cui furono adempiute le condizioni e formalità necessarie per incorrersi nella medesima (arg. articolo 15).

SEZIONE IV.

DEL RIACQUISTO DELLA CITTADINANZA

SOMMARIO

45. Da quali persone e con quali mezzi possa ricuperarsi la cittadinanza.
45 bis. In qual tempo abbia effetto il riacquisto della cittadinanza.

45. La facoltà di riacquistare la cittadinanza figura nel nostro diritto come un privilegio accordato ad alcuni ex-cittadini per motivi speciali, che sono le relazioni di famiglia, d'interessi e di affetto che possono tuttora conservare con l'antica patria.

In base a tali motivi può primieramente riacquistare la cittadinanza quegli che la perdè per rinunzia espressa o tacita,

---

[1] La disposizione del capoverso 4º dell'art. 11 è generale ed assoluta; perciò parrebbe a primo avviso che escludesse ogni limitazione, e specialmente quella che ho creduto di apportarle. Ma secondo che io reputo, il Legislatore ha presupposto che la moglie e i figli del cittadino che diviene straniero, acquistino la stessa cittadinanza che il marito e padre rispettivo. Altrimenti egli sarebbe stato ben crudele di privare tali persone della qualità di cittadini per lasciarle nel mondo senza veruna cittadinanza, e senza la protezione di veruna legge e di verun potere sociale. Nè dall'altra parte sarebbe stato logico; perchè in tale caso manca del tutto lo scopo che egli si era prefisso nel dichiarare le anzidette persone divenute straniere, e perchè manca pure affatto di ragione la differenza che avrebbe stabilito fra l'articolo 14 capov. 1º e l'art. 11 capov. 4º.

giusta la disposizione dell'art. 11, 1°, 2°, 3° (art. 13). Deve però adempiere le tre seguenti condizioni, cioè:

1° Deve rientrare nel Regno con permissione speciale del Governo; acciò possa essere constatato, che ei vi rientra senza secondi fini contrari sia allo Stato, sia all'ordine delle famiglie. Se egli sia già rientrato nel Regno, deve ottenere dal Governo una dichiarazione che lo considera rientrato col suo permesso, acciò possa ritenersi adempiuta questa condizione. Senza di ciò l'essere rientrato nel Regno è semplicemente un atto di esercizio della facoltà concessa a tutti gli uomini, di venire nel Regno [1] (art. 13, 1°);

2° Deve rinunziare alla cittadinanza straniera, all'impiego o al servizio militare accettati in paese estero, non potendo coesistere la causa della perdita col riacquisto della cittadinanza (art. 13, 2°);

3° Deve dichiarare davanti l'uffiziale dello stato civile, di fissare e fissi realmente entro l'anno il suo domicilio nel Regno (art. 13, 3°). Questo fatto positivo dimostra qui, come ne' luoghi superiormente accennati, la seria intenzione di lui di voler riacquistare la qualità di cittadino. Se ve lo avesse già fissato, reputo che non sia tenuto a dichiarare davanti l'uffiziale dello stato civile, che ve lo ha fissato al fine di adempire questa condizione per riacquistare la cittadinanza; sembrandomi che basti l'adempimento delle altre due per dare a tal fatto il suo formale carattere.

È necessario il concorso di tutte e tre le anzidette condizioni: una sola che ne manchi, non può farsi luogo a riacquisto della cittadinanza.

In secondo luogo possono riacquistare la cittadinanza i figli di colui che perdè la cittadinanza durante la loro minore età e perciò divenuti essi stessi stranieri. Essi possono riacquistare la cittadinanza con gli stessi modi con cui possono eleggerla i figli nati in paese estero da padre che ha perduto la cittadinanza prima del loro nascimento (art. 11, in fine cong. col-

---

[1] Processo verbale, 3, V.

l'art. 6, capov. 1° e 2°). [1] Ma se i medesimi non abbiano con tali mezzi riacquistato in tempo utile, cioè entro l'anno ventiduesimo della loro età, la cittadinanza, potranno valersi della disposizione dell'articolo 13. [2]

In terzo luogo può riacquistare la cittadinanza la moglie di un ex-cittadino divenuta straniera per aver seguita la condizione di lui, e la donna cittadina divenuta straniera per essersi congiunta in matrimonio con uno straniero. Ma esse non possono riacquistare la cittadinanza, se non dopo rimaste vedove, o sciolto il matrimonio per legge che ammetta il divorzio, [3] o dichiarato nullo ma contratto in buona fede, almeno dalla donna. [4] Inoltre per riacquistare la cittadinanza debbono osservare queste due condizioni, cioè:

1° Devono risedere nel Regno o rientrarvi; non è però necessaria la permissione speciale del Governo (arg. *a contrario* art. 13, 1°); [5]

2° Devono dichiarare in ambedue i casi davanti l'uffiziale dello stato civile, di volervi fissare il loro domicilio (art. 11 capov. ult. e art. 11 capov.).

---

[1] Vedi sopra n. 22 e 23.

[2] Non mi sembra dubbia questa decisione, attesa la generalità della prima parte dell'art. 13. Nè deve far difficoltà il n° 2° del detto articolo, perchè se a primo avviso pare che limiti la disposizione di legge a quelle persone che abbiano perduta la cittadinanza per il fatto proprio della rinunzia; nondimeno in realtà esso non istabilisce che una condizione da adempirsi da quelle persone che si trovano in uno di quei tre casi quivi considerati; pur tacendo che nel primo si trovano anco i figli dell'ex-cittadino. Sarebbe poi ingiustificabile che del benefizio dell'articolo 13 profittar potesse chi ha perduto la cittadinanza per fatto proprio, e non i suoi figli che hanno subito il cambiamento di stato. Quest'ultima ragione basta a rimuovere ogni dubbiezza che mai nascesse per la disposizione del capoverso ultimo dell'art. 11, quasi escludesse ogni mezzo a danno de' figli anzidetti nel riacquisto della cittadinanza (in questo senso Bianchi, I, 238).

[3] Duranton, I, 193; Demolombe, I, 170; Aubry e Rau, I, 244; Marcadé, art. 19, II; Astengo, De Foresta, I, 217; Bianchi, Op. cit. n. 239; Saredo, Op. cit. n. 87; Buniva, pag. 51; Laurent, I, 395.

[4] Vedi sopra n. 25.

[5] Bianchi, I, 239.

45. bis Il riacquisto della cittadinanza come l'acquisto,[1] non produce effetto in veruno de' casi precedentemente espressi, se non dal giorno successivo a quello in cui furono adempiute le condizioni e formalità stabilite dalla legge, per il compimento del medesimo (art. 15).

---

[1] Vedi sopra n. 24.

TITOLO II.

Del Domicilio civile e della Residenza

SOMMARIO

46. Transizione. Come il domicilio e la residenza abbiano relazione col godimento ed esercizio dei diritti civili. Che cosa sia il domicilio, la residenza e la dimora. In che differiscano fra loro. Distinzione del domicilio in politico e civile. Suddistinzione del domicilio civile in generale e in speciale o eletto.

46. Conosciuto chi abbia la capacità civile, ossia chi possa essere subbietto di diritti civili, passiamo a vedere dell'influenza del domicilio sull'esercizio de'medesimi.

Il domicilio è la relazione giuridica esistente fra una persona e il luogo ove questa si reputa sempre presente, per quanto concerne l'esercizio de'suoi diritti e l'adempimento delle sue obbligazioni; benchè in realtà quivi non si trovi in un dato momento, e neppure vi dimori abitualmente.

Il domicilio di una persona differisce dalla sua residenza, che è una cosa di mero fatto; cioè la dimora, abituale in un dato luogo (art. 16, capov.). La residenza quindi si prende e si lascia coll'incominciare o cessare di dimorare abitualmente in un luogo.

Molto più il domicilio differisce dalla dimora semplice o non abituale; che consiste nel solo fatto dell'abitazione. Perciò una persona può avere non solo la dimora, ma anche la residenza in un luogo e il domicilio in un altro; come nel caso in cui un commerciante, il quale abbia la sede principale de'suoi affari in Roma, dimori uno o più anni in Firenze.

Il decidere se una persona risieda o semplicemente dimori in un dato luogo, è quistione di fatto, la cui soluzione è rimessa

al criterio del giudice.[1] Ma se a fatti chiari e positivi, che dimostrano esservi residenza e non dimora, il giudice attribuisca una portata ed un effetto giuridico che non avevano e non potevano avere, e dichiari in conseguenza esservi dimora e non residenza, egli erra in diritto e viola la legge.[2]

Il domicilio si distingue in politico e civile, secondo che si tratta di determinare il luogo, ove ciascun cittadino deve esercitare i suoi diritti politici o i suoi diritti civili. Non è di competenza del diritto civile, se non il secondo, il quale serve regolarmente di base al primo.

Il domicilio civile si distingue in generale e speciale o eletto: quello si riferisce alla generalità dei diritti o degli obblighi che formano materia del diritto civile; questo a relazioni giuridiche specialmente determinate.

CAPO I.

DEL DOMICILIO GENERALE

SOMMARIO

---

[1] Consulta C. C. Torino, 10 apr. 1867, A. I, I, 292; Milano, 4 mar. 1869; Gaz. dei Trib. di Genova, an. 1869, pag. 209.

[2] C. C. Torino, cit.

47. Niuno può avere più di un domicilio generale;[1] perciocchè la sede principale non può essere che una; e lo scopo della istituzione del domicilio esige che questo sia unico. Che se una persona avesse più stabilimenti di eguale importanza; senza che verun fatto valga a far considerare, come principale l'uno piuttosto che l'altro, e senza che possa dirsi conservato il domicilio di origine o altro che si fosse avuto prima della fondazione di quegli stabilimenti; essa deve ritenersi domiciliata nel luogo in cui primamente fondò uno dei medesimi; perciocchè dal luogo in cui aveva il domicilio, l'intenzione e il fatto del cambiamento si porta in quello; gli stabilimenti successivi non possono aver avuta efficacia a distruggere quell'effetto.[2]

Che se per aventura la medesima persona ad un tempo abbia fondato tutti o parecchi di tali stabilimenti in diversi

---

[1] Il diritto romano ammetteva la pluralità de' domicilii generali (Leg. 6, § 2; Leg. 27, § 2, D. ad municipal. L, 1).

[2] In mancanza di ogni altro elemento, parmi che la priorità del tempo meriti il suo suffragio. È certo principio che non può perdersi il domicilio che si ha, senza acquistarne un altro. Ora io suppongo che nulla autorizzi a ritenere che la persona abbia conservato neppure *animo tantum* il domicilio che aveva; conviene dunque che ne abbia acquistato un altro; e questo per verità non può essere che nel luogo, ove primamente ha trasferito la residenza coll'intenzione di fissarvi la sede principale degli affari ed interessi; dico principale, perciocchè nell'atto dello stabilimento essa sede era anche unica: l'intenzione che la persona al tempo stesso può aver avuto di fondare eguali stabilimenti in altri luoghi era giuridicamente inesistente nel tempo della fondazione del primo stabilimento, in quanto che non appariva. Ripeto una volta che supponesi non conservato il domicilio che precedentemente si aveva, di origine o no; altrimenti la persona si riterrebbe ancora domiciliata nel luogo, ove quello era fissato. Quel domicilio s'intende conservato, quando la persona abbia conservato con quel luogo tali rapporti che la fondazione di uno stabilimento di affari ed interessi in altro luogo non valga a rivelare l'intenzione di cangiare il domicilio. Del resto consulta Merlin, Rép. v° Declinatoire § 1; Duranton, I, 359; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 170; Aubry e Rau, loc. cit.; Demolombe, I, 347; Rocco, Trat. di dirit. int. civile, II, 11; Marcadé, art. 104, III; Astengo, De-Foresta, I, 226 e seg.

luoghi, reputo allora che debba ritenersi, abbia conservato il precedente domicilio, non potendo farsi perdita del domicilio che si ha, senza acquistarne altro. Del resto è affatto indifferente che il nuovo domicilio sia stabilito in un diverso comune del Regno o in paese estero.

Tuttavia le persone giuridiche e specialmente le società industriali e commerciali possono avere più domicilii; quando cioè estendono per tutto il Regno e anche all'estero le loro operazioni, e in varie regioni o province fondano succursali alla casa sociale centrale, e dànno al direttore di esse il mandato di rappresentare la società.[1]

Dall' altro canto niuna persona, sia naturale, sia giuridica, può mancare del domicilio generale, come di fatto non manca mai di rapporti giuridici con altre persone, tanto in vita quanto in morte.[2] Ciò risulta eziandio molto chiaramente dalla legge, la quale dispone sì intorno al cambiamento, ma non isolatamente intorno all'acquisto e alla perdita del domicilio; stabilendo in tal guisa che il domicilio attuale non può perdersi senza acquistarne un altro. Tale decisione è applicabile ancora al domicilio di origine:[3] esso cioè non può ritenersi perduto per qualsiasi fatto, se non è stato acquistato dalla persona un altro domicilio.[4] Per la medesima ragione un assente si continua a ritener domiciliato nel luogo, ove aveva il domicilio nel tempo in cui disparve (arg. art. 21).[5]

---

[1] Consulta Laurent, II, 99 e seg.

[2] Il professor Bianchi (I, 264) ritiene con altri, e specialmente coll' illustre Demolombe che una persona possa mancare, per quanto eccezionalmente, di domicilio. Ma in verità il domicilio può non essere conosciuto, e non già mancare. Gli argomenti, e gli esempi che esso dopo altri adduce portano appunto a concludere, potersi ignorare il domicilio di una persona, ma non dedursene in veruna guisa che il domicilio le manchi (Consulta Laurent, II, 66).

[3] Consulta Duranton, I, 360; Demolombe, I, 348; Astengo, De-Foresta, loc. cit.; Bologna, 19 lug. 1867; Perugia, 8 mar. 1870; Firenze, 15 dec. 1870; A. II, II, 214; IV, II, 276 e 586.

[4] Firenze, cit.

[5] Bologna, cit.

Il cittadino italiano può avere il suo domicilio tanto nel Regno quanto in paese estero. Lo straniero può averlo anche nel Regno (art. e arg. art. 3).

48. Il domicilio generale si distingue in *reale e legale*; secondo che è fissato dall'uomo, o attribuito dalla legge.

49. Il domicilio reale è nel luogo in cui una persona ha la sede principale de' propri affari ed interessi (art. 16). Questa espressione è presa nel senso più ampio che possa concepirsi; intendendosi per affari ed interessi tutto ciò che concerne la vita materiale e civile di una persona; interessi di famiglia, di proprietà, di funzioni che legano in certo modo la persona al luogo: in questo senso può dirsi che un fanciullo ha un domicilio. Dicesi poi principale la sede degli affari e degl'interessi, quando questi sono tali che fanno preferire un luogo a qualunque altro.[1]

Il domicilio di fatto è stabilito o dalla nascita o dalla fissazione della sede principale dei propri affari ed interessi in un determinato luogo. Il primo suol chiamarsi domicilio d'origine; il secondo domicilio acquistato. Finchè non avvenga cangiamento di domicilio di diritto o di fatto, ogni persona si reputa domiciliata nel luogo ove nacque; si reputa cioè aver conservato sempre il domicilio di origine; quand'anche siasene allontanata da parecchi anni, e abbia viaggiato in esteri paesi.[2]

50. Può cangiare il suo domicilio qualunque persona maggiore e minore emancipata, non soggetta a domicilio di diritto. È affatto indifferente che essa sia cittadina o straniera. E nulla osta che un cittadino trasferisca il suo domicilio dal Regno in

---

[1] Ubi quis larem, rerumque suarum summam constituit (Leg. 7, C. de incolis, X, 39; Leg. 27, § 1, D. ad municipalem). Consulta C. C. Napoli, 10 dec. 1868, L. IX, 284. Se per avventura la casa di abitazione di una persona si trovasse sul confine di due circondari, il domicilio sarebbe determinato, salve particolari circostanze dalla porta principale, che è il segno esteriore del principale stabilimento (Merlin, Rép. v° Domicile, § 11; Toullier, I, 68; Demolombe, I, 34). E se per caso strano la porta si trovasse sul confine, converrebbe consultare tutte le circostanze di fatto.

[2] C. C. Napoli, 10 dec. 1868; L. IX, 284; Firenze, 5 dec. 1870; A. II, 586.

paese estero, e che uno straniero dall'estero venga a stabilirlo nel Regno.

Una persona per cambiare il domicilio, deve adempiere queste due condizioni; cioè:

1° Deve trasferire la sua residenza dal luogo ove ha il domicilio in un altro luogo;

2° Deve avere l'intenzione di fissare la sede principale de'propri affari ed interessi nel luogo in cui ha trasferito la residenza (art. 17).

È necessario il concorso di ambedue le condizioni. Il fatto del trasferimento della residenza dal luogo del domicilio in un altro, senza l'intenzione di fissare in questo la sede principale de' propri affari ed interessi, e questa intenzione senza il trasferimento, non basta a produrre il cangiamento del domicilio. In vero la persona che cangia di domicilio, stabilisce un rapporto fra sè e il luogo, nel quale va a domiciliarsi; or tale rapporto non può al certo formarsi, ove l'una o l'altra condizione manchi.[1]

Quantunque la residenza consista in una dimora abituale, tuttavia non è necessario che la persona la quale vuol cangiar domicilio, la tenga per un certo tempo nel luogo, in cui intende domiciliarsi, per acquistarvi definitivamente il domicilio. Basta che ve la stabilisca; talchè fin dal principio della fissazione della medesima acquisterà il nuovo domicilio, sol che vi aggiunga la seconda condizione; perciocchè sin dal principio può riconoscersi e determinarsi se la dimora abbia o no il carattere necessario che le dà la natura di residenza.[2]

Ma il domicilio può conservarsi con la sola intenzione.[3]

L'intenzione di fissare il domicilio nel luogo della nuova residenza si prova colla doppia dichiarazione all'uffizio dello

---

[1] Leg. 10 e 27, § D. ad munic.; C. C. Napoli, 10 dec. 1868; L. IX, 284; Firenze, 26 giugno 1867, A. I, II, 208.

[2] Consulta Laurent, II, 109 e 110.

[3] Marcadé, art. 103, 1; Mourlon, I, 325; Aubry e Rau, I, § 144, pag. 583 e seg.; Demolombe, I, 351 e seg.; C. C. Napoli, 10 dec. 1868; L. IX, 284.

stato civile del comune che si abbandona, e a quello del comune in cui si fissa il domicilio (art. 17, capov.). Che la dichiarazione si faccia negli uffizi dello stato civile de' due comuni è sì necessario, che fatta solamente in uno de' due, non ha nessun valore, finchè non venga fatta nell'altro. Perciò, se alcuno abbia fatto la dichiarazione di abbandonare il domicilio che ha, e non quella di fissarne uno nuovo, non vi sarà per questo solo perdita di domicilio; perchè, come si è già detto, non può darsi perdita del domicilio che si ha, senza acquistarne un altro; nè contro questo esplicito volere della legge può nulla la volontà contraria dei privati.

La forma della doppia dichiarazione è sostanziale; quindi ove essa non sia fatta negli uffizi dello stato civile non vale a fare prova piena della intenzione di cangiare il domicilio. Ma il giudice può prenderla in considerazione, come uno dei fatti che tacitamente dimostrino la stessa intenzione.[1]

In mancanza dell' anzidetta dichiarazione, l'intenzione che una persona abbia, di cangiare domicilio, si prova con fatti che valgano a dimostrarla (art. 17, capov.) Questi fatti sono principalmente lo stabilimento della famiglia nel luogo ove si è fissata la residenza; il pagamento dei tributi personali quivi eseguito; l'acquisto dei beni immobili situati nel luogo della nuova residenza, specialmente se sia stata fatta l'alienazione di quelli posseduti nel luogo del passato domicilio; il servizio della guardia nazionale quivi prestato; l'esercizio permanente che vi si faccia, sia di un commercio o di un' industria, sia dei diritti politici; la partecipazione avutavi dei vantaggi che conferisce il domicilio in un comune, come il diritto di legnare; il riconoscimento dell' autorità giudiziaria del luogo in materie personali; l'esercizio perseverante di una professione, di un'arte o di un mestiere. Ma il nudo fatto della residenza, per quanto prolungata in un luogo, non basta a dimostrare la intenzione di fissarvi il domicilio; anch'esso però dev'esser preso in considerazione.

---

[1] Demante, Cours analy. I, 130 bis I; Laurent, II, 80 e 81.

I fatti, qualunque essi siano, debbono dimostrare ad un tempo l'intenzione di abbandonare l'antico domicilio e l'intenzione di stabilirne uno nuovo. Ma ove la dichiarazione di cambiar domicilio sia fatta nell'uffizio dello stato civile di uno de' due comuni, sia in quello in cui il dichiarante ha attualmente il domicilio, sia in quello nel quale intende di stabilire il nuovo, allora basta che i fatti possano equivalere all'unica dichiarazione mancante.

Dai sopraddetti fatti però, quand'anche riuniti insieme, non può desumersi se non una presunzione semplice dell'intenzione del loro autore, di cambiar domicilio. È quindi ufficio del giudice di decidère all'uopo, se in realtà questa intenzione siasi o no avuta: il suo giudizio è perciò incensurabile in cassazione.[1] Nel dubbio deve decidere per la conservazione del domicilio che quegli aveva.

È inoltre a notarsi che, potendo rimanere ignota ai terzi l'intenzione di una persona, di cangiar domicilio, quando risulta da fatti, può la medesima persona non essere ammessa ad opporre il cangiamento di domicilio contro i terzi che nell'antico domicilio gli abbiano notificato atti.[2]

Di regola il domicilio s'intende cambiato dal giorno in cui viene fatta la doppia dichiarazione all'uffizio dello stato civile del comune che si abbandona ed a quello del comune in cui si fissa il nuovo domicilio. Se però anche prima di questa dichiarazione si abbia la prova del trasferimento della residenza in altro comune, con animo di stabilir quivi la nuova sede principale de' propri affari, chiaramente manifestato, esempligrazia, mediante avviso inserito nei pubblici fogli, il domicilio si ha per cambiato dal giorno in cui di fatto fu stabilita la residenza nel nuovo comune.[3]

Il domicilio generale reale si estingue colla morte della persona che lo ha.

---

[1] C. C. Torino, 7 gen. 1871; L. XI, 94; vedi pure L. vol. cit. pag. 181.

[2] Demolombe, I, 353; Marcadé, art. 104-105, II: Aubry e Rau, I, § 140, pag. 580; Laurent, II, 82; Astengo, De-Foresta, I, 230 e seg.

[3] Firenze, 26 giugno 1867, A. I, II, 208.

51. Passando ora al domicilio generale legale; è in primo luogo attribuito alla donna maritata il domicilio di suo marito, attesa l'individuità della vita coniugale, in forza della quale la moglie è obbligata eziandio ad accompagnare il marito dovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza (art. 131).[1] Essa col solo fatto e dal momento della celebrazione del matrimonio, in qualunque luogo segua, perde il suo domicilio e acquista quello del marito. Essa ha il domicilio del marito, quand'anche non conviva con lui, e risieda fuori del comune dove quegli è domiciliato, con o senza il consenso del medesimo; perciocchè la legge non prende in considerazione questo stato di fatto, che è opera della volontà dei coniugi, ma lo stato legittimo della loro convivenza (art. 18).

Perchè la moglie acquisti il domicilio del marito, è necessario che il matrimonio sia valido o che almeno sia stato contratto in buona fede dalla donna, producendo allora a riguardo di lei tutti gli effetti di un matrimonio valido (art. 116).

Nulla rileva del resto che il marito sia presente o presunto assente.[2]

In secondo luogo al minore non emancipato è attribuito il domicilio del padre o della madre, o del tutore; perocchè quivi è la sede principale de' suoi affari o interessi, avendo quelle persone autorità sopra di lui, l'esercizio de' suoi diritti e l'amministrazione de' suoi beni (art. 18, capov. 2). Se esso è figlio legittimo, ha dal momento che nasce[3] il domicilio di suo padre,

---

[1] Leg. 2, § 2, D. ad munic.; Leg. Unica, C. de mulier. et in quo loc. X, 62; Leg. 13, de dign. C. XII. 1; C. C. Napoli, 10 dic. 1868, L. IX, 284.

[2] Bologna, 19 lug. 1867, A. II, II, 214.

[3] Non è superfluo di notare che per il figlio non rimane sempre domicilio di origine quello che aveva il padre nel momento in cui nacque; perchè quest'ultimo può cangiare il domicilio durante la minore età di lui, venendo così a cangiarsi eziandio il domicilio del figlio medesimo, indipendentemente dalla volontà sua. Il domicilio di origine del figlio è sempre quello, che il padre aveva nel giorno in cui egli acquistò il diritto di stabilirsi un domicilio suo proprio; è quel domicilio che si converte in domicilio generale di fatto e che s'intende conservato dal figlio, finchè non ne acquista un altro.

quand'anche la madre fosse legalmente separata dal marito e padre rispettivo, e conseguentemente questa avesse un domicilio suo proprio; perciocchè la patria potestà spetta al padre. Ciò è vero anche nel caso in cui il figlio dimorasse abitualmente presso la madre; egli avrebbe allora presso di questa null'altro che la residenza.

Ove però il padre sia premorto alla nascita del figlio; o durante la minorità di esso venga a morire; o sia dichiarato assente, o interdetto; o incorra per effetto di condanna nella perdita della patria potestà, il minore avrà il domicilio di sua madre, rimanendo essa investita in tali casi della patria potestà (art. 220 capoverso 1°, e art. 241 e 330).

In fine, se anche quest' ultima venisse a trovarsi in uno dei sopraddetti casi, o fosse stata rimossa dalla tutela legittima del marito interdetto, il minore avrà ne' congrui casi il domicilio del tutore suo o del tutore di suo padre o di sua madre.

Queste decisioni sono applicabili ai figli legittimati, sia per susseguente matrimonio, sia per decreto reale.

Sono applicabili del pari ai figli adottivi; considerata sempre la persona esercente sopra di essi la patria potestà o la tutela: in altri termini, anche i figli adottati da altri si ritengono domiciliati presso il padre o la madre legittimi e naturali, o presso il tutore.

Se il minore fosse figlio naturale avrebbe il domicilio del padre, se egli da solo, o congiuntamente con la madre l'avesse riconosciuto; avrebbe invece il domicilio della madre, se questa sola l'avesse riconosciuto; bene inteso sempre che l'uno o l'altra nei rispettivi casi ne abbia la tutela legale.[1]

Finalmente se il minore sia figlio di genitori ignoti, e non sia stato messo sotto tutela, giusta la disposizione dell'art. 248, e non sia ricoverato in un ospizio, a norma dell'art. 262 (nei quali casi ha il domicilio del tutore o dell'ospizio), esso si reputa domiciliato presso la persona, qualunque essa sia, padre o madre

---

[1] Laurent, II. 88.

o terzo, che in un certo senso lo fa suo, e dimostra l'intenzione di tenerlo sempre presso di sè; perocchè appresso di tale persona ha la sede principale de' suoi affari. [1]

Questo stesso domicilio appartiene ai figli incestuosi e adulterini. [2]

Queste varie disposizioni (in quanto lo consente il soggetto) sono applicabili al figlio del soldato di terra o di mare che nasce nel reggimento o sulla nave; perciocchè la legge non distingue, e d'altra parte il soldato conserva il domicilio che anteriormente aveva. [3]

In terzo ed ultimo luogo il maggiore interdetto, sia giudizialmente sia legalmente, ha il domicilio del suo tutore che ne esercita i diritti civili (art. 18, capov. ult.).

La stessa decisione è applicabile al minore emancipato che venga interdetto (arg. art. cit. cong. coll'art. 324). [4]

Ma il maggiore semplicemente inabilitato ha il suo proprio domicilio di fatto, che può cangiare a piacere.

Fuori di queste persone niun'altra ha il domicilio legale,

---

[1] Marcadé, art. 108, II; Mourlon, I, 324; Demolombe, I, 359-361; Astengo, De-Foresta, I, 240, 241; *contro* Bianchi, I, 268. Questi ritiene che il figlio di genitori ignoti o l'incestuoso e l'adulterino abbia la residenza e non il domicilio presso la persona che lo fa quasi suo e che non possa avere un vero domicilio, se non allora che gli sia nominato un tutore, o sia ricoverato in un ospizio; per forma che se ciò non avesse luogo egli rimarrà senza domicilio durante tutta la sua minore età. La dottrina del distinto professore di Parma non può essere accettata, in quanto nega un domicilio a tal figlio; attesochè, è principio sopra dimostrato (n. 47) che niuno può mancare di domicilio: il suo domicilio al postutto non sarà noto per essere ignoti i suoi genitori; e gli terrà luogo di domicilio la residenza. Ma non riesco a comprendere il perchè non possa tenersi conto della circostanza, che tale creatura ha presso della persona con cui vive la sede principale de' propri affari e interessi. Non si tratterà a rigore di un domicilio legale: sarà invece un domicilio reale; ma ripeto, io non riesco ad escludere il concetto giuridico del domicilio (vedi tuttavia Laurent, II, 88).

[2] Vedi la nota precedente.

[3] Bianchi, II, 273.

[4] Laurent, II, 119.

e specialmente non l'hanno nè gl' impiegati a vita, benchè inamovibili, nè gl' impiegati che servono o lavorano abitualmente in casa altrui, quantunque vi abitino. Quanto all'assente si reputa che abbia conservato il domicilio, che aveva nel tempo della sua sparizione.[1]

Le anzidette persone seguono i cambiamenti di domicilio loro assegnato; perciò il minore cangia di domicilio col genitore, e col tutore; la donna maritata lo cangia col marito, e l'interdetto col tutore.

52. La legge assegna alle anzidette persone il rispettivo domicilio indipendentemente dalla loro intenzione; cosicchè esse l' hanno non ostante qualunque dichiarazione in contrario. Nè varrebbe a fare avere ad esse un diverso domicilio, l' assenso datovi dal genitore, dal marito o dal tutore. Del pari la legge, nell'assegnare alle anzidette persone il domicilio, prescinde affatto dalla circostanza di fatto della loro residenza; cosicchè esse possono avere il domicilio legale dove non risiedono e forse non risiederanno mai, e possono cambiarlo, conservando sempre la stessa residenza. Così, se una Romana si marita ad un commerciante che ha la sede principale de' suoi affari ed interessi a Milano, e continua a risedere a Roma, avrà il suo domicilio a Milano. Parimente un fanciullo che nasce e risiede in Roma ed è soggetto all' autorità di un tutore domiciliato a Firenze avrà in quest'ultima città il suo domicilio; e se il tutore trasferisce il suo domicilio a Bologna, il pupillo avrà cangiato il suo, non ostante che continui a risedere in Roma o sia trasportato a risedere altrove.

53. Il domicilio legale del minore e dell'interdetto cessa necessariamente col cessare ne' congrui casi la patria potestà e la tutela; cioè coll' emancipazione o la maggiore età del primo, e colla revoca dell' interdizione del secondo.

Cessato il domicilio legale, le anzidette persone avranno il domicilio reale nel luogo in cui si troverà, o sarà da essi

---

[1] Bianchi, II, 274; Bologna, 19 giugno 1867; A. II, II, 214.

stabilita la sede principale de' propri affari e interessi; perciò potranno averlo o stabilirlo nel medesimo luogo, in cui si reputavano domiciliati legalmente o in un luogo diverso. Ordinariamente però il figlio, venendo emancipato o divenendo maggiore conserva il domicilio di origine; cioè il domicilio legale che aveva nel giorno in cui fu emancipato o divenne maggiore, non più però come domicilio legale ma come domicilio reale di origine; perchè ordinariamente rimane presso la casa paterna, e quivi trovasi la sede principale de' suoi affari e interessi. Nulla però gl' impedisce di stabilir questa sede in altro luogo; e quivi fissare il suo proprio domicilio reale. Al contrario il maggiore interdetto riacquista ordinariamente nel giorno della revoca della sua interdizione il domicilio reale, che aveva anteriormente; essendo cosa rara che sia stata spostata la sede principale de' suoi affari e interessi. Ma nulla del pari impedisce a lui di fissare in altro luogo la sede principale de' suoi affari o interessi; e quivi perciò stabilire il nuovo domicilio reale.

Quanto alla donna maritata essa perde il domicilio legale;

1° Colla separazione definitiva legalmente fatta per via giudiziale o per mutuo consenso di lei e del marito, omologato dal tribunale (art. 18 cong. cogli art. 149 e 158): perchè in forza di tale separazione l' individualità della vita è rotta di fatto e di diritto.[1] La separazione provvisoria che il tribunale credesse autorizzare per gravi motivi non produce eguale effetto. Nondimeno la notifica degli atti riguardanti il giudizio di separazione deve essere fatta alla moglie nella sua residenza provvisoria;[2]

2° Con lo scioglimento del matrimonio per morte del marito e colla dichiarazione di nullità del matrimonio contratto in buona fede, almeno da lei;[3]

---

[1] Marcadé, art. 108, I; Demolombe, I, 358; Aubry e Rau, I, § 143, pag. 580, nota 6; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 174; Demante, I, 132 bis, I.

[2] Dott. cit. loc. cit.

[3] Bianchi, I, 272.

3° Colla interdizione del marito e la nomina della moglie a tutrice di lui. In tal caso essa ricupera il diritto di fissarsi il proprio domicilio reale; e il marito come interdetto, ha il domicilio di lei, quale tutrice (arg. art. 18, capov. 2°).[1] Che se non essa, ma un terzo fosse nominato tutore del marito, è opinione comune che la donna abbia il domicilio del tutore del marito; perchè esso è eziandio il domicilio del marito suo.[2] Ma in tutti questi casi la donna conserva il domicilio legale che aveva; finchè non ne acquisti un altro (arg. art. e arg. art. 18 princ.).[3]

54. Il domicilio generale sia reale, sia legale produce parecchi effetti. Tralasciando quelli del Codice di procedura civile, in ordine sia alla competenza nelle azioni personali o mobiliari, sia ad altre materie, mi limiterò ad accennare i più importanti relativamente al diritto civile. Il domicilio d'uno degli sposi determina la competenza dell'uffiziale dello stato civile, avanti al quale deve celebrarsi il matrimonio; siccome la determina la residenza (art. 93); il domicilio dell'adottante determina la competenza della Corte d'appello che deve intervenire nell'adozione (art. 213 e seg.); il domicilio del tutore, dopo il luogo in cui il minore ha la sede principale de'suoi affari, determina il luogo dove deve aver sede il consiglio di famiglia o di tutela (art. 249 e 261).

Passando ad altra materia, la successione si apre nell'ultimo domicilio del defunto (art. 923); e a questo stesso domicilio deve aversi riguardo, ove si tratti di rinunziare ad un'eredità

---

[1] Duranton, I, 371; Demolombe, I, 365; Marcadé, art. 108, I; Massé e Vergé su Zachariae, I, 123; *contro* Aubry e Rau, I, § 143, pag. 580 testo e nota 7; Laurent, II, 90; secondo i quali la moglie conserva sempre il domicilio del marito interdetto.

[2] Duranton, Demolombe, Marcadé, Massé e Vergé, loc. cit.; *contro* Laurent, loc. cit. nel senso indicato nella nota precedente; Aubry e Rau, loc. cit. nel senso che la moglie dell'interdetto abbia in questo caso il domicilio reale nel luogo ove trovasi o viene trasferita da lei la sede principale de'suoi affari e interessi.

[3] Bianchi, I, 272.

(art. 944); o di accettare col benefizio d'inventario (art. 955); o di nominare un curatore all'eredità giacente (art. 981).

Infine accennando a qualche altro particolare importante, il domicilio del debitore determina il luogo in cui deve per legge farsi il pagamento (art. 1249); e il fideiussore deve essere domiciliato nella giurisdizione della Corte d'appello in cui la sicurtà deve essere prestata (art. 1904).[1]

CAPO II.

DEL DOMICILIO SPECIALE O ELETTO

SOMMARIO

55. Che cosa sia il domicilio speciale o eletto. A che giovi. Esso coesiste col generale, ma vi deroga; conseguenza in ordine all'interpretazione dell'atto di elezione. L'elezione del domicilio è sempre facoltativa? Possono eleggersi più domicilii speciali?
56. Chi possa eleggersi un domicilio. Può eleggersi da ambedue le parti cui riguarda l'atto o l'affare per il quale la elezione viene fatta. A favore di quale delle parti s'intende fatta la elezione del domicilio?
57. Del modo con cui il domicilio deve essere eletto. Del tempo e luogo in cui possa eleggersi. Se possa eleggersi in un luogo senza indicazione di persona o d'uffizio.
58. Degli effetti dell'elezione del domicilio, relativamente al Codice Civile. Duplice ordine di rapporti, riguardo ai quali devono essere determinati gli effetti della elezione di domicilio. Primo ordine di rapporti; che sono quelli fra lo eleggente e la persona presso cui il domicilio fu eletto.
59. Seguito. Second'ordine di rapporti; che sono quelli fra l'eleggente e la persona con cui ha fatto l'affare, pel quale ha avuto luogo l'elezione del domicilio.

55. Il domicilio speciale o eletto è quello che una persona si elegge per certi affari od atti (art. 19). Essa si finge o si reputa convenzionalmente sempre presente nel luogo, ove lo ha eletto, ma soltanto per ciò che concerne l'affare o l'atto, per cui vi ha eletto il domicilio.

La facoltà d'eleggere un domicilio per un dato affare o atto, è intesa a facilitare le contrattazioni; perocchè mercè il domicilio eletto, la parte interessata può, al bisogno, ottenerne più

---

[1] Nel Diritto antico il domicilio aveva un'importanza capitale, perchè determinava lo statuto personale che regolava lo stato e la capacità delle persone, e i rapporti di famiglia. Ora per tali materie si ha riguardo, almeno in generale, alla nazionalità di una persona.

agevolmente l'esecuzione coi mezzi giudiziali, potendo adire l'autorità giudiziaria del luogo, ove l'altra parte elesse il domicilio per l'affare o atto tra loro conchiuso.

Il domicilio speciale coesiste col generale; colla elezione del medesimo però s' intende derogato alle leggi concernenti quest'ultimo, ma soltanto in relazione all'affare o atto, pel quale è stata fatta. Di qua segue che la convenzione con cui si elegge il domicilio, deve essere interpretata ristrettivamente; e che l'effetto del domicilio eletto non può estendersi da un affare o da un atto ad un altro affare o atto; così, esempligrazia, l'elezione di un domicilio fatto all'introdursi di un giudizio di prima istanza, non ha effetto pel giudizio di appello, se l'eleggente non abbia intorno a ciò manifestato chiaramente la sua intenzione. Del pari una persona che ha eletto un domicilio per ricevervi la notificazione di atti giudiziali, non può pretendere di eseguirvi il pagamento;[1] e il domicilio eletto per una causa speciale che ha avuto luogo in un giudizio di fallimento, non può aversi come eletto per altra causa diversa che possa in seguito sorgere nel corso del fallimento medesimo.[2]

In generale l'elezione del domicilio è facoltativa. Tuttavia essa è obbligatoria in alcuni casi e specialmente per quanto riguarda il Codice Civile, nei casi degli articoli 88, 1987, 2°, 2044 e 2060.

Possono eleggersi più domicilii speciali e in tanti diversi luoghi, giusta l'esigenza degli affari e degli atti.

56. Può eleggersi un domicilio per un certo affare o atto qualunque persona che abbia la capacità di compiere tale affare o atto; essendo necessariamente accessoria al medesimo la elezione del domicilio. Perciò, esempligrazia, il minore emancipato può eleggerlo per quegli atti che può fare da se solo, cioè per gli atti che non eccedono la semplice amministrazione; e la donna maritata per quegli atti che può compiere senza l'autorizzazione

---

[1] Consulta Duranton, I, 377; Demolombe, I, 378; Laurent, II, 140-141; Bianchi, I, 282.

[2] Firenze, 23 mag. 1867, A. II, II, 343.

del marito.[1] Altrimenti sarebbero necessarie le formalità abilitative stabilite dalla legge.[2]

Della facoltà di eleggersi un domicilio gode non solo il cittadino, ma eziandio lo straniero (art. 3).

Il domicilio può eleggersi o da ambedue le parti che fanno l'affare o l'atto, o solamente da una di esse.

In generale la elezione del domicilio si reputa fatta a favore non dell'eleggente, ma dell'altra parte; perocchè quegli si sottopone per benefizio di questa a giurisdizione, alla quale altrimenti non sarebbe stato soggetto, od a gravami, che altrimenti l'affare o l'atto da se solo non gli avrebbe imposto. Tuttavia nulla impedisce che la elezione del domicilio abbia luogo nell'interesse dell'eleggente.

57. L'elezione del domicilio non può essere che espressa; inoltre essa deve essere fatta per iscritto, attesa l'importanza che ha, specialmente atteso l'abbandono della giurisdizione ordinaria che le parti fanno per crearne una elettiva.[3] Lo scritto può essere pubblico, e privato; e perciò il domicilio può essere eletto eziandio mediante una lettera (art. 19, capov.).[4]

Discende dall'anzidetto principio, che non importa elezione di domicilio la indicazione di un luogo, ove un debitore possa o debba eseguire il pagamento di ciò che deve.[5] Del pari il conferire ad un mandatario la facoltà di elegger lui il domicilio pel contratto che deve stipulare, non equivale ad un'elezione effettiva, ove il mandatario non faccia uso della facoltà conferitagli.[6]

---

[1] C. C. Firenze, 26 dec. 1870; L. XI, 230.

[2] Consulta Merlin, Rép. v° Domicile élu, § 2, n. 3; Aubry e Rau, I, 146, pag. 587; Bianchi, II, 283.

[3] Consulta la sentenza della C. di Cass. di Torino, 24 ott. 1870; L. XI, 6.

[4] Consulta il Processo verbale, 5, VI; Bianchi, I, 283.

[5] Merlin, Rép. v° Domicile élu, § 2, n. 5; Marcadé, art. 111, V; Demolombe, I, 374; Laurent, II, 137; Bianchi, I, 283. In Diritto romano quegli che si obbligava di pagare in un determinato luogo, si reputava essersi sottomesso alla giurisdizione del giudice di tale luogo.

[6] Merlin, Laurent, loc. cit.

La elezione del domicilio può aver luogo tanto contemporaneamente alla stipulazione dell'atto, pel quale viene fatta, sia nel medesimo, sia in diverso scritto, quanto posteriormente. [1] In verun caso non è richiesto un atto speciale per la elezione del domicilio.

Il domicilio può eleggersi in qualunque luogo o comune, ed anco in quello dove l'eleggente ha la sua residenza e il suo domicilio generale; perciocchè da una parte la legge non impone alcuna restrizione alla volontà delle parti in ordine alla elezione del domicilio, e dall'altra la elezione del domicilio nel luogo della propria residenza o del proprio domicilio generale ha le sue pratiche utilità; sia perchè in generale continua ad avere effetto dopo la morte dell'eleggente o il cangiamento della sua residenza o del suo domicilio generale, sia perchè in ispecie davanti l'autorità giudiziaria di tal luogo possono promuoversi le azioni reali su beni immobili, sebbene situati nel territorio di un'altra giurisdizione (art. 95, Cod. di proc. civ.).

Il domicilio può eleggersi in un comune senza indicare la persona o l'uffizio presso cui si elegge; o può eleggersi presso una persona o un uffizio (art. 40, Cod. di proc. civ.). Se il domicilio speciale sia eletto da alcuno nel comune in cui ha il suo domicilio generale, senza indicare una persona o un uffizio presso cui lo elegga, s'intende che lo abbia stabilito presso di se medesimo.

58. Limitandomi a considerare gli effetti della elezione del domicilio in riguardo al diritto civile; [2] essi debbono essere determinati in un doppio ordine di rapporti; cioè nei rapporti

---

[1] Merlin, Rép. v° Domicile élu, § 2, n. 6; Demolombe, I, 374; Aubry e Rau, I, § 146, pag. 587; Laurent, II, 138; Bianchi, I, 283.

[2] Per quanto concerne gli effetti, che la elezione del domicilio produce, giusta il Codice di procedura civile, vedi gli articoli 40, 95 e 140 del suddetto Codice. Noterò solo che, giusta i principii generali (n. 55 in fine), la parte a cui favore fu eletto il domicilio, può valersene o no anche per quanto concerne la giurisdizione; può cioè promuovere l'azione tanto avanti l'autorità giudiziaria del luogo ove fu eletto il domicilio, quanto avanti quella del domicilio generale (Consulta C. C. Torino, 24 ott. 1870; L. XI, 5).

tra lo eleggente e la persona presso cui il domicilio fu eletto, e nei rapporti tra le parti che hanno fatto l'affare o l'atto pel quale ebbe luogo la elezione del domicilio.

Nei primi rapporti la elezione del domicilio importa che si formi una specie di mandato fra lo eleggente e la persona presso cui il domicilio fu eletto; mediante il qual mandato questa si obbliga di ricevere a nome dell'eleggente tutte le notificazioni relative all'atto per cui si fece l'elezione. La elezione del domicilio adunque non genera da se sola verun obbligo a carico della persona presso la quale il domicilio medesimo fu eletto; essendo *res inter alios acta*. È necessario che essa, come in ogni altro caso di mandato, accetti espressamente o tacitamente l'elezione del domicilio fatta presso di lei, e con questa l'incarico annessovi.

Accettato questo incarico, i rapporti fra di loro sono regolati dalle leggi del mandato, se e per quanto siano applicabili. Quindi, tacendo di altri particolari, da una parte la persona, presso cui il domicilio è stato eletto, è obbligata di ricevere tutti gli atti che le vengono notificati a nome dell'eleggente, e di trasmetterli a questo sotto pena dei danni (arg. art. 1745); dall'altra l'eleggente è tenuto a rimborsare l'anzidetta persona di qualunque spesa possa cagionarle l'esecuzione dell'assunto incarico (arg. art. 1758).

Del pari l'eleggente, salvo convenzione in contrario, può revocare il mandato conferito alla persona, presso cui elesse il domicilio; ma è obbligato di sostituirle nel medesimo luogo un'altra persona e di notificare tale sostituzione alla parte che è interessata al domicilio eletto; ove non soddisfaccia a questo duplice obbligo, le notificazioni si faranno validamente presso la persona originariamente indicata.[1] Alla sua volta la persona, presso cui il domicilio è stato eletto, può rinunziare al mandato. Ciò avvenendo, l'eleggente è tenuto a fare l'elezione di un nuovo domicilio presso un'altra persona del medesimo luogo.

---

[1] Consulta Duranton, I, 381; Demolombe, I, 372; Bianchi, I, 285.

Nel frattempo gli effetti dell' elezione sono sospesi, per quanto concerne le notificazioni che si sarebbero potute fare nel domicilio eletto (arg. art. 140, Cod. di proc. civ.); ma non per ciò che riguarda l' attribuzione della giurisdizione (arg. art. 40 e 95, Cod. cit.).[1] Queste decisioni sono applicabili eziandio al caso che il mandato accettato dalla persona, presso cui il domicilio fu eletto, venga ad estinguersi per morte della medesima, o pel trasferimento del suo domicilio generale in un comune soggetto a diversa giurisdizione; o per soppressione dell' ufficio, presso cui si fece la elezione del domicilio.[2]

59. Nei secondi rapporti; nei rapporti cioè fra l' eleggente e la persona con cui conchiuse l' affare o l' atto, pel quale si fece l' elezione del domicilio, questa costituisce una clausola accessoria della convenzione stipulata: perciò sotto questo aspetto le sono applicabili in generale le leggi concernenti i contratti.

Essa quindi ha forza di legge fra le parti e non può essere rivocata che per mutuo consenso (art. 1123). Ma nulla impedisce all' eleggente di rinunziare al domicilio eletto, ove la elezione abbia avuto luogo esclusivamente nel suo interesse; come l'altra parte può non valersene nel caso inverso.[3] In ogni ipotesi poi lo eleggente, come è stato accennato, può alla persona o all'ufficio presso cui stabilì il suo domicilio speciale, sostituire altra persona o altro uffizio nel medesimo luogo. Nella ipotesi poi che abbia eletto il suo domicilio nel luogo, ove ha il generale, senza indicarvi una persona o un uffizio presso cui lo eleggeva; deve a se medesimo sostituire in tale luogo una persona o un ufficio, presso cui mantenga il suo domicilio speciale.[4]

Del pari la elezione del domicilio, in forza del medesimo principio, ha effetto non solo tra le parti contraenti, ma

---

[1] Consulta Bianchi, I, 285.

[2] Consulta C. C. Palermo, 20 mar. 1867, A. I, 370; Napoli, 2 sett. 1868, A. II, 1, 324.

[3] Marcadè, art. 111, I; Demolombe, I, 275; Aubry e Rau, I, § 146, pag. 591; Bianchi, I, 386.

[4] Bianchi, I, 286.

eziandio fra i loro eredi ed aventi causa; eccetto che sia stato pattuito il contrario o ciò risulti dalla natura del contratto pel quale è stato eletto il domicilio (art. 1127).[1]

In fine la elezione del domicilio non pregiudica, nè giova ai terzi (art. 1130).

---

[1] Consulta Merlin, Rép. v° Domicile élu, § 2, n. 8; Marcadé, art. 111, III; Demolombe, I, 375, 3°; Laurent, II, 139; Bianchi, I, 286.

TITOLO III.

DEGLI ASSENTI

SOMMARIO

60. Transizione all'assenza. Quando una persona sia assente.
61. Quali provvedimenti prescriva la legge, in ordine all'assente; e in quanti periodi a tale effetto divida l'assenza; assenza presunta, assenza dichiarata. Suddivisione del secondo periodo.
62. In ciascun periodo havvi incertezza sulla vita e sulla morte dell'assente, o presunzione prevalente di vita o di morte di lui?
63. Divisione della materia.

60. Dall'influenza che il domicilio ha sull'esercizio dei diritti civili, passiamo a quella che havvi l'assenza.

In senso volgare chiamasi assente quello che non è presente in un luogo determinato, e colui che si trova lontano dal luogo del suo domicilio o della sua residenza abituale. In senso giuridico chiamasi assente quello che s'ignora se sia vivo o morto, non comparendo più nel luogo del suo ultimo domicilio o della sua ultima residenza, e non dando di sè notizie.

Stante questa sostanziale differenza fra gli assenti in senso giuridico e i non presenti o i lontani, non sono applicabili agli ultimi le disposizioni legislative riguardanti i primi.[1]

61. Quando una persona è assente, la legge, in base al dovere generale che alla società incombe di proteggere tutti i cittadini e specialmente quelli che non trovansi in istato di provvedere da sè alle proprie cose, prescrive provvedimenti di vario ordine nell'interesse dell'assente medesimo, de' suoi creditori ed eredi presuntivi, de' suoi figli minori e del suo

---

[1] Laurent, II, 118; Bianchi, I, 290.

coniuge. Tali provvedimenti perciò sono intesi all'amministrazione, conservazione e trasmissione del suo patrimonio, alla protezione, conservazione ed esercizio dei diritti appartenenti a terze persone contro dell'assente, alla tutela e cura de'suoi figli minori e, in un certo senso e in una certa misura, alla condizione del coniuge di lui.

La legge nel prescrivere tali provvedimenti, ha avuto in mira di conciliare gl'interessi dell'assente con quelli di tutte le altre persone che con esso possono avere relazioni giuridiche.

A tale effetto, per quanto concerne i beni che appartenevano all'assente nel tempo della sua scomparsa o della mancanza delle sue notizie,[1] la legge ha distinto l'assenza in due periodi, cioè:

1° Di assenza presunta;

2° Di assenza dichiarata.

Il secondo periodo viene suddiviso in due periodi che possono denominarsi periodo d'immissione nel possesso temporaneo e periodo d'immissione nel possesso definitivo.

62. In tutti i periodi v'ha rigorosamente incertezza sulla vita e sulla morte dell'assente. Tuttavia nel periodo dell'assenza presunta prevale in certa guisa la presunzione della vita su quella della morte; nel primo periodo dell'assenza dichiarata, le due presunzioni in un certo senso si bilanciano; nel secondo periodo può dirsi che la presunzione della morte prevalga su quella della vita. In ciò appunto si trova la ragione della diversità dei provvedimenti che la legge prescrive per ciascun periodo.

63. Due essendo i principali periodi dell'assenza, ne sorge spontanea la divisione della materia, in due parti; alle quali però va aggiunta una terza avente per oggetto le regole comuni all'assenza presunta e all'assenza dichiarata.

---

[1] Dico in ordine ai beni dell'assente; perocchè quanto alle ragioni eventuali che possono competergli, alla cura e tutela de'suoi figli minori e alla condizione del suo coniuge, le disposizioni legislative sono affatto indipendenti dalla distinzione dell'assenza ne'due sunnominati periodi.

CAPO I.

DELLA PRESUNZIONE DI ASSENZA E DE' SUOI EFFETTI

SOMMARIO

64. Quando una persona si presuma assente. In qual giorno incominci e per quanto tempo duri la presunzione di assenza.
65. Quali effetti produca la presunzione di assenza in ordine ai beni dell'assente, nella doppia ipotesi che questi abbia o no lasciato un procuratore. Provvedimenti conservativi da prescriversi dall'autorità giudiziaria nella seconda ipotesi.
66. Quale sia l'autorità giudiziaria competente per ordinare tali provvedimenti; in qual modo vi provveda.
67. Quali persone abbiano la facoltà di domandare gli anzidetti provvedimenti. Ne godono in concorso o con ordine di preferenza?
68. Quali effetti produca la presunzione di assenza in riguardo ai figli minori lasciati dall'assente.
69. Quando cessi la presunzione di assenza; e quali effetti derivino dalla sua cessazione.

64. Una persona si presume assente quando ha cessato di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio o dell'ultima sua residenza, senza che se ne abbiano notizie (art. 20). Per la presunzione di assenza adunque è necessario ad un tempo la scomparsa della persona e la mancanza di sue notizie. [1]

La presunzione di assenza incomincia dal giorno in cui la persona scomparve senza aversene notizia, o dal giorno posteriore a quello in cui risalgono le ultime notizie della sua esistenza dopo la scomparsa, [2] e dura (supposta la continuazione della scomparsa o della mancanza assoluta delle sue notizie) sino alla dichiarazione di assenza, cioè per lo meno tre o sei anni, secondochè l'assente abbia o no lasciato un procuratore per amministrare i suoi beni (art. 22).

65. L'assenza presunta produce un doppio ordine di effetti, gli uni riguardanti i beni di lui; gli altri i suoi figli minori.

Quanto ai beni dell'assente, prevalendo nel periodo dell'assenza presunta la presunzione che l'assente viva; tutti i

---

[1] Consulta Bianchi, I, 294-295.

[2] Se giungesse la notizia della sua morte, è chiaro che non si tratterebbe più di assenza.

provvedimenti debbono avere necessariamente per oggetto l'amministrazione e la conservazione del patrimonio dell'assente medesimo nel suo esclusivo interesse.

Per determinare quali provvedimenti sia necessario di prendere a tale intento, si debbono distinguere due ipotesi; cioè che l'assente abbia o no lasciato procuratore. Nel primo caso il procuratore conserva l'amministrazione de'beni dell'assente; e allora solo che egli non abbia facoltà sufficiente per compiere alcuno degli atti richiesti dallo stato del patrimonio dell'assente; o che fra gl'interessi di questo e i suoi siavi opposizione, provvederà all'uopo l'autorità giudiziaria. [1]

Ove al contrario l'assente non abbia lasciato procuratore, è officio dell'autorità giudiziaria di provvedere per intero al patrimonio dell'assente. Deve assimilarsi al caso della mancanza del procuratore, quello che il procuratore effettivamente lasciato rinunzi al suo mandato o lo eseguisca inesattamente. Ma un gestore di negozi, quand' anche parente o intrinsicissimo dell'assente non può essere equiparato ad un suo rappresentante legale o convenzionale. [2]

---

[1] Consulta Marcadé, art. 112-114, II; Laurent, I; Bianchi, I, 300.

[2] *Contro* Marcadé, art. 112, I; il quale però si appoggia ad un argomento che non può trarsi se non dal testo del Codice Napoleonico che dice; *s'il y a nécessité de pourvoir à l' administration* ec. Il professor Bianchi (I, 300) aderisce alla decisione di Marcadé e combatte la mia; reputando che quando la famiglia dell'assente, o persone sue amichevoli provvedono già all'amministrazione de'suoi beni ed a trattarne gli affari, in modo che le sostanze di lui non corrono verun rischio di deteriorazioni o di perdite, non sarà caso che l'autorità giudiziaria abbia a dare altri provvedimenti che potrebbero portare un'odiosa ingerenza nel segreto degl' interessi delle famiglie. Ma dimando: chi ha il diritto di provocare i provvedimenti, dovrà arrestarsi davanti ad un gestore? Quando o gl'interessati, o gli eredi presuntivi o il pubblico ministero dimandano all'autorità giudiziaria che provveda, può questa non accogliere la domanda? Reputo che no; perchè il gestore non ha la qualità per fare quanto un curatore speciale nominato all'assente dall' autorità giudiziaria medesima; perchè il gestore può non godere la fiducia delle persone anzidette anche solamente per quanto riguarda gl'interessi dell' assente; perchè in fine l'autorità giudiziaria ha il potere di dare i provvedimenti necessari, cioè intesi alla conservazione del patrimonio dell' assente,

I provvedimenti da prescriversi dall'autorità giudiziaria sono di vario genere. Essa deve nominare all'uopo chi rappresenti l'assente in giudizio o nella formazione degl' inventari e dei conti e nelle liquidazioni e divisioni in cui l'assente medesimo sia interessato (art. 21). Deve inoltre dare tutti gli altri provvedimenti che sono necessari alla conservazione del patrimonio di lui; perciò, esempligrazia, ordinerà che siano venduti i beni mobili soggetti a deperimento; che siano eseguite le riparazioni ordinarie e straordinarie necessarie ne' beni immobili; e soprattutto nominerà un amministratore che curi la coltivazione o la locazione de' fondi e faccia tutti gli altri atti di amministrazione, giusta l'esigenza dello stato del patrimonio, segnandogli i limiti de' suoi poteri (art. 21).

Nell' ordinare tali ed altri provvedimenti, l'autorità giudiziaria non ha altra norma a seguire che il suo prudente consiglio. Tuttavia non si dovrà mai dipartire dal concetto fondamentale della conservazione del patrimonio dell'assente; così, esempligrazia, non deve permettere che si formino nuovi obblighi a carico dell'assente, ove ne risultasse modificato il sistema di amministrazione e di economia stabilito dall'assente medesimo.

66. L'autorità giudiziaria competente per provvedere secondo il bisogno al patrimonio dell'assente è il tribunale civile di prima istanza dell'ultimo domicilio, e in mancanza di questo, il tribunale dell'ultima residenza dell'assente (art. 21). Ove per altro occorrano provvedimenti speciali che non ammettano dilazione, reputo che possa adirsi il tribunale del luogo, in cui sono situati i beni, intorno ai quali sia da provvedere di urgenza. [1]

---

e non di provvedere allora solo che v' abbia necessità. Del resto la decisione contraria del distinto professore di Parma non è assoluta; cosicchè la nostra discrepanza non è che parziale, e credo che non esisterebbe punto, se esso riconoscesse nella disposizione dell'articolo 21 tutta l'estensione che parmi abbia.

[1] *Contro* Bianchi, I, 308. Parmi che la decisione contraria del professore di Parma sia troppo rigorosa. Se l'assente, esempligrazia, aveva il domicilio

Il tribunale provvede in camera di consiglio (art. 793, Cod. di proc. civ.).

67. I provvedimenti, qualunque essi siano, non possono ordinarsi di ufficio dall'autorità. È necessario che ne sia fatta a lei dimanda.

Tale dimanda può essere promossa:

1° Dagl' interessati, cioè dagli aventi interesse a che si prendano gli anzidetti provvedimenti conservativi (art. 21). Il loro interesse deve essere innanzi tutto pecuniario; deve inoltre essere legittimo, cioè approvato e riconosciuto dalla legge: ma non è necessario che l'interesse sia attuale; basta a ciò anche un interesse eventuale.[1] Perciò fra gli altri, sono autorizzati a dimandare gli opportuni provvedimenti i creditori che vedessero andare in deperimento i beni che sono la garantia de'loro crediti (art. 1948); gli affittuari per le riparazioni urgenti necessarie ai fondi avuti in affitto (art. 1590); gli usufruttuari per le riparazioni straordinarie occorrenti ne'beni compresi nell' usufrutto (art. 502, 504); i comproprietari (art. 673, 684). Fra gl'interessati debbono pure noverarsi gli eredi testamentari e i legatari, fatti noti dal testamento dell'assente;[2]

---

a Girgenti e possegga beni in Roma, sarà indeclinabilmente necessario di ricorrere all' autorità giudiziaria di Girgenti per prendere in Roma estremi, urgenti provvedimenti contra il pericolo e le conseguenze di un' inondazione? Secondo me, l'articolo 21 ha determinato la competenza dell'autorità giudiziaria per i provvedimenti generali in casi ordinari, senza precludere la via agli speciali in casi straordinari, ai quali altrimenti non si potrebbe provvedere sempre con efficacia.

[1] Nella prima edizione non accennai all' interesse eventuale; da ciò il professor Bianchi ha desunto che secondo me quest' interesse non era sufficiente a servir di base alla dimanda dei provvedimenti intorno al patrimonio dell'assente. Ma per verità tale non fu il mio pensiero; io addussi esempi di persone interessate e non espressi altra cosa. D'altra parte pressochè tutti gl' interpreti del diritto da me consultati in questo soggetto non richieggono l'interesse attuale.

[2] Laurent, II, 137; *contro* Demolombe, II, 37; Bianchi, I, 305. Il professor Bianchi fonda la sua decisione sopra i seguenti motivi. Innanzi tutto trae un argomento a *contrario* dall'articolo 22 che nomina eziandio gli eredi testamentari.

2º Dagli eredi presuntivi; che cioè sarebbero eredi legittimi dell'assente, se questi fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza (art. 26, capov. 1º).

3º Dal pubblico ministero.

Fra queste tre classi di persone non v'ha ordine di preferenza: esse godono in concorso del diritto di provocare gli opportuni provvedimenti intorno al patrimonio dell'assente; perciò sulla istanza della prima che la promuova, l'autorità giudiziaria dovrà ordinarli, se li creda necessari.

68. Quanto ai figli minori che l'assente abbia lasciato, gli effetti dell'assenza sono regolati dalle seguenti disposizioni legislative.

Se essendo assente il loro padre, esista e sia capace dell'esercizio della patria potestà la madre, questa assume l'esercizio di tale potestà, quasi fosse sciolto il matrimonio per morte del marito (art. 46 cong. coll'art. 220 capov. ult.).

Ove la madre non è vivente, allorchè si verifica la presunzione di assenza del padre, o è nell'impossibilità di esercitare la patria potestà per interdizione o per condanna penale, la cura dei figli minori deve essere conferita dal consiglio di famiglia agli ascendenti prossimi, cioè all'avo paterno, e in mancanza di questo all'avo materno (art. 47 cong. coll'art. 244), e in mancanza dell'uno e dell'altro, ad un tutore temporaneo (art. 47 cit.). Questa medesima disposizione è applicabile al caso che

---

In secondo luogo contesta che questi possano essere legalmente riconosciuti. In fine sarebbe un grave inconveniente di rivelare in pubblico l'ultima volontà di una persona di cui non è ancora che presunta l'assenza. Ma nessuno di questi motivi mi pare decisivo. In vero che l'articolo 22 nomini gli eredi testamentari non esclude che questi siano persone interessate, e che come tali non possano comprendersi sotto la voce comprensiva d'interessati dell'art. 21. Non è manco del tutto vero che gli eredi testamentari e i legatari non possano essere legalmente conosciuti, perocchè può essere legalmente notissimo un testamento pubblico e un testamento olografo. E questa considerazione vale anche contro il terzo argomento opposto alla decisione che preferisco. Debbo inoltre aggiungere che l'insigne Demolombe insegna con la maggiore esitanza, e quasi quasi contraddicendosi, la decisione che il professor Bianchi ha creduto di adottare con piena sicurezza.

la madre muoia o incominci ad essere nell'impossibilità di esercitare la patria potestà, prima che l'assenza del padre e marito rispettivo sia dichiarata (art. 47). È del pari applicabile al caso che dopo la presunzione e prima della dichiarazione di assenza del padre si verifichi l'assenza della madre (arg. art. 47).

Se si verifichi l'assenza della madre, e viva e sia nell'esercizio della patria potestà il marito e padre rispettivo, restano inalterati i rapporti di famiglia relativamente alla patria potestà; che continua ad esercitarsi dal padre, come per lo innanzi. Se invece la madre esercitava la patria potestà, per essere premorto il padre, o per trovarsi quest'ultimo nella impossibilità di esercitarla, si farà luogo del pari al conferimento della cura de'figli minori agli ascendenti prossimi o ad un tutore temporaneo (art. 47).

I medesimi provvedimenti debbono prendersi, ove ne sia il caso, per la cura de'figli minori naturali riconosciuti o dichiarati, quando si verifichi l'assenza del padre o della madre esercenti la tutela legale de' medesimi.

Non è inopportuno di notare che l'assenza del padre e della madre de'figli minori può non dar luogo ad alcun provvedimento. Ciò si verifica, quando per trovarsi essi nella impossibilità di esercitare la patria potestà o la tutela legale, era stato già provveduto alla tutela de' loro figli minori.

69. La presunzione di assenza cessa:

1° Colla prova dell' esistenza dell'assente;

2° Colla prova della sua morte;

3° Colla sentenza della dichiarazione di assenza.

Nel primo caso, se il presunto assente ricomparisca, riprenderà l'amministrazione del suo patrimonio, e ove ne sia il caso, riprenderà pure l'esercizio della patria potestà; se nomini invece un procuratore, questi assumerà l' amministrazione anzidetta. Ove in fine l' assente non ritorni e non affidi ad un procuratore la sua rappresentanza, continueranno ad avere effetto le cautele di conservazione e di amministrazione del suo patrimonio (arg. art. 33). [1] Gli atti però fatti in base ai provvedimenti ordinati

[1] Bianchi, I, 316.

dalla competente autorità giudiziaria sono sempre salvi. Quanto poi alla cura de' figli minori, reputo che, ove l'assente non ritorni o non vi provveda punto o convenientemente, debbano nel loro interesse morale continuarsi a tenere dalle persone cui fu affidata.

Nel secondo caso si produrranno tutti gli effetti definitivi dipendenti dalla morte dell'assente medesimo.

Nel terzo caso l'assenza dichiarata co' suoi effetti prenderà il posto dell'assenza presunta.

CAPO II.

DELLA DICHIARAZIONE DI ASSENZA E DE' SUOI EFFETTI

SOMMARIO

70. Dopo tre anni continui di assenza presunta o dopo sei, se l'assente abbia lasciato un procuratore per amministrare, può farsi luogo alla dichiarazione di assenza (art. 22).

Il termine di sei anni non può essere prolungato nel caso che l'assente abbia lasciato un procuratore per un tempo più lungo di sei anni;[1] nè abbreviato se il procuratore che abbia avuto poteri per un tempo indeterminato o per sei anni o più, cessi per qualsiasi motivo dal suo officio prima che spiri il sessennio dall'assenza; perciocchè da una parte, attesa la procura che ha lasciato, l'assente può non prendersi cura di dare notizie di sè; quindi la loro mancanza non può far concepire solleciti timori sulla sua esistenza. Dall'altra parte la legge richiede l'esistenza di un procuratore e null'altro.[2] La stessa decisione si deve seguire, secondo l'opinione più comune, se la procura fosse stata data per meno di sei anni.[3]

In generale la procura deve essere generale, acciò non possa procedersi prima di sei anni alla dichiarazione di assenza. Ma può bastare anche la procura speciale; come quando, esempligrazia, interessa di provvedere ad una sola specie di beni o di affari.[4]

Del resto non si richiede che siano preceduti i provvedimenti sulla presunzione di assenza, perciocchè da una parte esiste indipendentemente da quelli, e dall'altra la legge misura il tempo dall'assenza presunta e non dai provvedimenti.[5]

Questi anni incominciano a computarsi dal giorno in cui la persona scomparve, se non siasi avute notizie di lei; in caso contrario dal giorno a cui risale l'ultima sua notizia, ossia dalla data di questa, e non già dal suo arrivo; perciocchè l'incertezza della esistenza incomincia da quella e non da questo (arg. art. 20).[6]

---

[1] De Molny, n. 225; Duranton, I, 413; Toullier, I, 424; Marcadé, art. 121 e 122, III; Demolombe, II, 56; Bianchi, I, 323.

[2] In questo senso art. 122, Cod. Nap.

[3] Duranton, I, 481; Plasman, I, 202; Marcadé, art. 121 e 122, III; Demolombe, II, 55; *contro* Aubry e Rau, loc. cit., che opinano doversi dichiarare l'assenza tre anni dopo spirata la procura.

[4] Marcadé, art. cit., II; Demolombe, II, 54; Bianchi, I, 323.

[5] Marcadé, art. 125, V.

[6] Marcadé, art. 115, III; Demolombe, II, 57; Bianchi, I, 322; *contro* Delvincourt sull'art. 115; De Molny, n. 47; Duranton, I, 414; Aubry e Rau, I, 535, testo e not. 4.

71. Il diritto di dimandare la dichiarazione di assenza appartiene ai presunti eredi legittimi, a quelli cioè, che per disposizione di legge ne avrebbero raccolta l'eredità, se l'assente fosse morto nel giorno in cui scomparve, o al quale risalgono le sue ultime notizie (art. 22). Se nel frattempo essi fossero morti, la dichiarazione di assenza potrà essere dimandata dai loro successori.

Lo stesso diritto appartiene agli eredi testamentari e a chiunque creda di avere sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla morte di lui; quali sono, esempligrazia, i legatari, i donanti con la clausola di riversibilità nel caso di premorienza del donatario, i proprietari dei beni, de'quali l'assente aveva l'usufrutto (art. 22). Ma tanto gli eredi testamentari, quanto chiunque vanti sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla morte di lui, debbono dimandare la dichiarazione di assenza in contraddittorio coi presunti eredi legittimi. Questi ultimi, al contrario, non abbisognano del contraddittorio di altre persone. [1]

Anche i creditori delle sunnominate persone possono dimandare la dichiarazione di assenza, avendo tale dimanda per sua base interessi pecuniari. [2]

72. Il tribunale competente per la dichiarazione di assenza, e avanti cui perciò conviene proporne la relativa dimanda, è quel medesimo che può ordinare i provvedimenti nel periodo dell'assenza presunta; cioè il tribunale civile di prima istanza del luogo dell'ultimo domicilio o dell'ultima residenza dell'assente (art. 22 cong. coll'art. 21). [3]

Quando la domanda di dichiarazione di assenza sia promossa dagli eredi legittimi, il tribunale provvede in camera di consiglio; promossa da altri interessati, si procede nelle forme stabilite per i giudizi sommari (art. 794, Cod. di proc. civ.).

Il tribunale deve, innanzi tutto, decidere col suo prudente arbitrio, se sia o non ammissibile la dimanda di dichiarazione di as-

---

[1] Consulta Astengo, De Foresta, I, 272 e seg.; Bianchi, I, 326.

[2] Demolombe, II, 61 e 68; Bianchi, I, 327.

[3] Astengo, De Foresta, I, 272; Bianchi, I, 327.

senza. Nel primo caso deve ordinare che sieno assunte informazioni, quand'anche gli sembrasse che l'assenza risulti abbastanza dagli atti prodotti; sia perchè la legge le prescrive in modo generale ed assoluto, sia perchè in ogni caso le informazioni potrebbero accertare l'esistenza o la morte dell'assente. [1]

Intese essendo le informazioni a constatare nel modo più certo l'assenza, esse possono essere di vario genere, giusta le esigenze particolari de'singoli casi. All'uopo adunque potranno consultarsi le lettere che l'assente può avere scritto; possono essere esaminati, come testimoni, anche i parenti, gli eredi e i domestici dell'assente; e possono pubblicarsi annunzi nei giornali nazionali e stranieri. [2]

Le informazioni possono assumersi senza l'intervento del pubblico ministero, salvo però a lui il diritto attribuitogli dall'articolo 346, capov. ultimo del Codice di procedura civile, di richiedere la comunicazione degli atti, se lo creda necessario per l'osservanza della legge. [3]

L'ordinanza o il provvedimento riguardante l'assunzione delle informazioni deve essere pubblicato alla porta dell'ultimo domicilio o dell'ultima dimora dell'assente, e notificato alle persone in contradittorio dalle quali fu proposta la dimanda e al procuratore dell'assente. Un estratto del provvedimento dev'essere pure pubblicato due volte, coll'intervallo di un mese, nel giornale degli annunzi giudiziari del distretto, e nel giornale ufficiale del Regno, affinchè quanti possano aver notizie dell'assente sieno posti in grado di conoscere l'opportunità di comunicarle all'autorità competente, e l'assente medesimo possa per fama sapere che è di suo interesse non perdurare più a lungo nel silenzio (art. 23).

---

[1] Marcadé, art. 116; Demolombe, II, 63; Aubry e Rau, I, 536, not. 10; Bianchi, II, 329.

[2] De Molny, n. 314; Toullier, I, 402; Plasman, I, 106; Demolombe, II, 66; Aubry e Rau, loc. cit.; Astengo, De Foresta, I, 279.

[3] Astengo, De Foresta, I, 275-279.

73. Assunte le informazioni, e trascorsi almeno sei mesi dalla seconda pubblicazione, il tribunale pronunzia sulla dimanda di dichiarazione di assenza, ammettendola, se l'assenza gli sembrerà provata, altrimenti rigettandola (art. 24). Che se il tribunale creda che non siano stati esauriti i mezzi d'informazione o reputi che qualche causa potrebbe impedire all'assente di ritornare, o dare o aversene notizie, come se fosse bloccato il paese ove potrebbe trovarsi,[1] potrà differire la sua decisione. In effetto la legge proibisce sì al tribunale di pronunziare sulla domanda di assenza prima che sieno trascorsi sei mesi dalla seconda pubblicazione, ma non gli fissa un termine entro cui debba senza dilazione decidere.

La sentenza che dichiara l'assenza dev'essere pubblicata e notificata, come il provvedimento sull'assunzione delle informazioni e per le medesime ragioni, ed anche perchè gl'interessati possano appellarne[2] (art. 25 congiunto col 23).

74. Gli effetti dell'assenza dichiarata variano ne'due periodi, in cui essa viene distinta.[3]

Già nel primo periodo che chiamammo dell'immissione nel possesso temporaneo dei beni dell'assente, l'incertezza sulla esistenza dell'assente, come fu superiormente detto, è cresciuta a tal punto da potersi propendere a ritenerlo piuttosto morto che vivo.

Da ciò deriva il generale effetto della dichiarazione di assenza, che tutti coloro i quali hanno diritti subordinati alla condizione della morte di lui, sono ammessi ad esercitarli provvisoriamente, cioè sino a che o la presunzione prevalente della morte sia distrutta, cioè sia provata l'esistenza dell'assente, o divenga certezza, ossia venga provata la morte di lui. A tale

---

[1] Vedi Astengo, De Foresta, I, 281 e seg.

[2] Astengo, De Foresta, I, 283.

[3] La dilazione di sei mesi è imposta, perchè l'assente, se vivo, possa aver tempo di conoscere la sentenza e impedirne l'esecuzione, ricomparendo o dando notizie (Astengo, De Foresta, I, 288).

effetto chiunque crede avervi interesse, o il pubblico ministero[1] può chiedere al competente tribunale l'apertura degli atti di ultima volontà dell'assente, se ve ne sono (art. 26 princ.).

75. Possono dimandare al Tribunale la immissione del possesso temporaneo dei beni:

1º Gli eredi testamentari dell'assente;

2º In mancanza di eredi testamentari, quelli che sarebbero stati eredi legittimi, se l'assente fosse morto nel giorno a cui risale l'ultima notizia della sua esistenza;

3º I rispettivi loro eredi.

Quanto ai legatari, donatari, e a tutti quelli che avessero sui beni dell'assente diritti dipendenti dalla condizione della morte di lui, possono chiedere di essere ammessi all'esercizio temporaneo di quei diritti (art. 26, capov. 1 e 2).

Da ultimo per quanto concerne il coniuge dell'assente, esso per diritto di successione legittima o testamentaria può dimandare l'immissione al possesso temporaneo dei beni del suo

[1] I sigg. Astengo, De Foresta (I, 294) scrivono: — Possono instare perchè si aprano gli atti di ultima volontà dell'assente: 1º Chiunque creda avervi interesse, 2º *In difetto* il pubblico ministero. — Dubito che questa espressione — *in difetto* — che non si leggeva nel Codice Napoleonico (art. 123), e in quelli che l'hanno copiato, nè nel nostro Codice, sebbene si trovasse nei quattro progetti che l'hanno preparato, sia esatta; perciocchè potrebbe far credere che, se vi sia persona interessata, il pubblico ministero non possa instare per l'apertura degli atti. Ora, se dovendo avere la legge una esatta e fedele applicazione, importa, come elegantemente espongono i sullodati Dottori, che il testamento dell'assente sia aperto; ed a niun altro meglio potevas, attribuire l'uffizio d'instare per l'apertura di esso che al pubblico ministeroi vindice a un tempo della legge, e tutore di coloro che non sono in grado di provvedere da sè al proprio interesse, fra i quali sta senza dubbio l'assente. Dopo ciò è manifesto che il ministero pubblico non può essere ridotto all'inazione dal capriccio, e forse anche dalla malignità, o dalla frode della parte interessata. D'altra parte, chi può sapere quante altre persone sieno interessate all'apertura di quegli atti? E al postutto chi più interessato dell'assente forse morto, o che forse morrà con quell'ultima volontà che questa sia esattamente e fedelmente eseguita? Diciamo adunque che il pubblico ministero può dimandare l'apertura degli atti di ultima volontà dell'assente, sienvi o no parti interessate (in questo senso Bianchi, I, 333).

coniuge assente; pei diritti che possono appartenergli sui beni di lui dipendenti dalla condizione della morte del medesimo, può dimandarne l'esercizio provvisorio. Ma egli può inoltre in caso di bisogno, ottenere dal tribunale una pensione alimentaria da determinarsi secondo la condizione della famiglia e l'importanza del patrimonio dell'assente (art. 26, capov. 4).

Gli eredi legittimi dell'assente non sono tenuti a promuovere la loro dimanda in contradittorio di alcuno; gli altri tutti al contrario non possono promuovere le loro rispettive domande che in contradittorio degli eredi legittimi (art. 26). Perciò anche qui sulla dimanda proposta dagli eredi legittimi il tribunale provvede in camera di consiglio; e sulle domande degli altri si procede nelle forme stabilite per i giudizi sommari (art. 794, Cod. di proc. civ.).

Ma ai nominati aventi diritto all'immissione nel possesso temporaneo e all'esercizio dei loro diritti eventuali, non è fatta ragione se non prestino cauzione nella somma che sarà determinata dal tribunale (art. 26, capov. 3). La cauzione deve essere proposta a norma degli articoli 329 e seg. del Codice di procedura civile (art. 795, Cod. cit.). Il tribunale vi provvede col medesimo procedimento che deve tenere sulle dimande per l'ammissione della cauzione e, nei rispettivi casi, col medesimo stabilito per le dimande d'immissione (art. 794). Ove ne sia il caso, si farà luogo inoltre all'applicazione dell'articolo 331 e 795 capoverso dello stesso Codice di procedura.[1]

Qualora le anzidette persone non possano prestare cauzione, esse per ottenere l'immissione nel possesso temporaneo e l'esercizio provvisorio dei loro diritti, debbono adottare quelle cautele che il tribunale nel suo prudente arbitrio crederà di ordinare per l'interesse dell'assente, avuto riguardo alla qualità delle persone, alla loro parentela coll'assente e ad altre circostanze (art. 27).

Tanto la cauzione, quanto le cautele hanno per iscopo di assicurare, oltre l'interesse dell'assente, se ritorni o ne venga

---

[1] Astengo, De Foresta, I, 300.

provata l'esistenza, le ragioni di coloro che provassero di avere avuto nel tempo da cui parte la presunzione di assenza, un diritto prevalente o eguale a quello della persona che fu immessa nel possesso temporaneo dei beni dell' assente, o che ebbe la facoltà di esercitare provvisoriamente i diritti pretesi sui beni medesimi.

I beni che possono formare oggetto dell' immissione al possesso temporaneo, o sui quali possono esercitarsi provvisoriamente i diritti che ad alcuno possano appartenervi, giusta le suesposte dichiarazioni, sono tutti quelli che l'assente aveva già acquistato e facevano parte del suo patrimonio nel giorno in cui scomparve o al quale risalgono le ultime sue notizie.[1]

76. Quanto agli effetti, la immissione nel possesso temporaneo dei beni dell' assente genera obblighi e diritti nei rapporti di lui coi possessori, de' singoli possessori fra loro, e da ultimo fra questi e i terzi.

Pertanto gl' immessi al possesso temporaneo dei beni dell' assente (oltre il dover prestare cauzione o adottare le cautele prescritte dal tribunale, giusta le premesse spiegazioni),[2] debbono far procedere all' inventario dei beni mobili e alla descrizione degl' immobili dell' assente (art. 29). Nella formazione dell' inventario debbono osservarsi le forme stabilite per l' eredità accettata col benefizio d' inventario (art. 796, Codice di procedura civile).

Gl' immessi nel possesso temporaneo dei beni dell' assente hanno il diritto di amministrare i beni medesimi. Essi non hanno altro potere che quello di fare gli atti di semplice amministrazione. Ove si tratti di fare atto eccedente la semplice amministrazione, essi non possono procedervi senza l' autorizzazione giudiziale. Così, esempligrazia, senza tale autorizzazione non possono alienare, nè ipotecare i beni immobili dell' assente. Del pari non possono senza la medesima autorizzazione procedere alla vendita in tutto o in parte dei beni mobili. Anche in

---

[1] Consulta Bianchi, I, 345.

[2] Vedi n° precedente.

tale vendita debbono osservarsi le norme stabilite per l'eredità accettata con benefizio d'inventario (art. 796, Cod. di proc. civ.). Ordinatasi dalla competente autorità la vendita dei beni mobili, la legge prescrive che ne sia rinvestito il prezzo ritrattone (art. 29, capov. 1° e 2°). L'investimento deve farsi nel termine e con le cautele stabilite dal tribunale (art. 796 capov., Cod. di proc. civ.).

Gl'immessi al possesso temporaneo sono in materia giudiziale i rappresentanti dell'assente. Quindi essi possono promuovere in giudizio le ragioni dell'assente (art. 28), e contro di essi debbono essere promosse le ragioni che alcuno abbia da far valere contro l'assente (art. 35).[1]

In fine hanno il godimento dei beni dell'assente nei seguenti limiti:

Gli ascendenti, i discendenti e il coniuge immesso nel possesso temporaneo dei beni ritengono a loro profitto la totalità delle rendite.

Se gl'immessi nel possesso siano parenti entro il sesto grado, debbono riservare il quinto delle rendite nei primi dieci anni dal giorno dell'assenza, e di seguito sino ai trent'anni il decimo.

Se siano parenti in grado più remoto od estranei, debbono riservare il terzo delle rendite nei primi dieci anni, e di seguito sino ai trent'anni il sesto.

Trascorsi trent'anni, la totalità delle rendite appartiene in ogni caso agl'immessi nel possesso (art. 28 in fine, art. 30 e 31).

L'anzidetto diritto di godimento appartiene agl'immessi nel possesso temporaneo non solamente sulle rendite che si produrranno dopo la immissione, ma eziandio su quelle prodottesi durante la presunzione di assenza.[2]

---

[1] Consulta Astengo, De Foresta, I, 393; Bianchi, I, 351-356.

[2] L'articolo 31 stabilendo; doversi riservare per l'assente il quinto delle rendite nei primi dieci anni *dal giorno dell'assenza*, non lascia dubbio, secondochè mi sembra, sopra la data decisione (in questo senso Bianchi, I, 361). La contraria decisione è incontrastabilmente vera nel diritto francese in base all'articolo 126 del Codice Napoleonico.

Per quanto concerne la quota di rendita, riservata ne' congrui casi all'assente, gl'immessi al possesso non hanno l'obbligo di farne il cumulo e il progressivo impiego. [1]

Le rendite dei beni dell'assente che l'immesso al possesso temporaneo fa sue, o che deve riservare per l'assente medesimo, sono gravate di tutte le spese che sono un carico dei frutti. Quindi esempligrazia, i tributi, i canoni e tutti gli altri pesi che secondo la consuetudine gravano i frutti, dovranno sopportarsi per intero o in parte dagl'immessi, secondochè percepiscono la totalità o una parte delle rendite (arg. art. 506). La stessa decisione è applicabile al caso che i beni esigano riparazioni ordinarie (arg. art. 501). Quanto ai pesi imposti sulla proprietà, e alle riparazioni straordinarie che si rendono necessarie durante il periodo dell'immissione al possesso temporaneo, reputo che per analogia siano applicabili le disposizioni degli articoli 502, 504 e 507. Da ultimo, in riguardo alle spese occorse per i provvedimenti necessari durante la presunzione di assenza, per la dichiarazione di questa, per l'immissione al possesso temporaneo dei beni e per l'inventario e la descrizione de' mobili, reputo che debbano sopportarsi e dagl'immessi al possesso temporaneo e dall'assente in ragione della rispettiva utilità che ne hanno ritratto. [2]

---

[1] Relazione Pisanelli, I, 6. Quivi si legge: « Non si obbligarono i possessori a fare un cumolo della parte dei frutti riservata all'assente, prescrivendone il progressivo impiego. » E certamente la legge civile non contiene alcuna disposizione. Ma nell'articolo 796 del Cod. di proc. è disposto: « L'investimento . . . dei proventi scaduti deve farsi nel termine e con le cautele stabilite dal tribunale. » Ciò vuol dire, secondo che mi sembra, che il tribunale potrà ordinarlo in base alla disposizione dell'articolo 27. La formale dichiarazione del chiarissimo Pisanelli parmi che osti a comprendere l'investimento, come un atto compreso fra quelli di ordinaria amministrazione, obbligatorî per gl'immessi al possesso temporaneo.

[2] La quistione, chi debba sopportare queste ultime spese, è variamente decisa. Secondo alcuni, dovrebbero essere sopportate per intero dagl'immessi al possesso. Altri, che sono in grandissima maggioranza, insegnano; doversi sopportare per intero dalla proprietà, e perciò dall'assente, ove ritornasse, o da quelli che in caso contrario l'acquisteranno. Questa decisione quasi unani-

77. In ordine ai rapporti dei singoli immessi al possesso temporaneo fra loro, l'immissione da essi ottenuta produce l'apertura provvisoria della successione. Ciascuno di essi quindi potrà dimandare contro l'altro la divisione del patrimonio dell'assente, e subordinatamente la collazione e l'imputazione.[1]

La divisione fatta fra gl'immessi al possesso deve considerarsi in generale come provvisoria; essa perciò non farebbe ostacolo alla dimanda di una divisione definitiva che venisse promossa da uno di loro dopo l'immissione al possesso definitivo; ammenochè non risultasse in modo chiaro dall'atto della divisione, che si volle fosse definitiva; perciocchè in tal caso pe'condividendi

---

memente seguita dagl'interpreti del Diritto francese viene giustificata con un argomento *a fortiori* tratto dalla disposizione finale dell'articolo 126... « Ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire pourront requérir, pour leur sûreté, qu'il soit procédé, par un expert nommé par le tribunal, à la visite des immeubles à l'effet d'en constater l'état. Son rapport sera homologué en présence du procureur de la République : *les frais en seront pris sur les biens de l'absent.* » Si aggiunge poi che gl'immessi nel possesso sono mandatari; e che come tali hanno diritto al rimborso delle spese fatte per l'esecuzione del mandato (art. 1753). A chi poi opponga che gl'immessi percepiscono la totalità o una parte della rendita, si risponde che tale compenso è dato loro per determinarli ad assumere l'amministrazione dei beni dell'assente, e che al postutto renderà salariato il mandato, ma anche il mandatario salariato ha diritto al rimborso delle anzidette (consulta, fra gli altri, Demolombe, II, 99; Laurent, II, 174). A questa decisione aderisce il professor Bianchi (II, 350), condannando la mia. Tuttavia c'insisto. Imperocchè primieramente il Codice Civile patrio non ha disposizione nè identica nè analoga a quella dell'articolo 126 del Codice Napoleonico. Secondariamente possono da senno gl'immessi al possesso equipararsi in tutto e per tutto ai mandatari? l'attribuzione di tutte le rendite o di una parte notevole di esse fatte loro dalla legge è propriamente ed esclusivamente un allettativo, perchè assumano l'amministrazione dei beni dell'assente e un compenso delle loro cure? è veramente vero, se potessi così esprimermi, che gl'immessi agiscono solo nell'interesse dell'assente, e non è invece manifestamente vero che agiscono eziandio nel proprio interesse e in una misura non del tutto disprezzabile? In somma, come io notai nella prima edizione, non sarà al postutto un mandato dato dalla legge nell'interesse e dell'assente, e dei mandatari? e allora se comune è l'interesse, il comodo; perchè non dovrà essere comune l'incomodo, cioè le spese?

[1] Duranton, I, 503; Demolombe, II, 128; Aubry e Rau, I, § 153, pag. 609 e seg.

sarebbe irrevocabilmente obbligatoria, come ogni altra divisione definitiva.[1]

78. Finalmente in riguardo ai rapporti degl'immessi al possesso temporaneo con i terzi, la dichiarazione di assenza dà parimente luogo all'apertura provvisoria della successione dell'assente, in questo senso che i beni posseduti da lui nel giorno in cui scomparve o al quale risalgono le sue ultime notizie si considerano di fronte ai terzi come trasferiti per successione agl'immessi al possesso. Siccome però tale trasmissione non ha luogo che sotto la condizione risolutiva del ritorno dell'assente o della prova della sua morte, non produce confusione del patrimonio di colui con quello degl'immessi al possesso.

Donde deriva:

1º Che i diritti conferiti dall'immissione al possesso sui beni dell'assente a quelli, in favore dei quali ebbe luogo, si trasmettono ai loro eredi e successori, i quali alla loro volta sono tenuti di rispettare o di eseguire, nei limiti della quota di cui il loro autore poteva disporre, le donazioni e i legati fatti sui beni dell'assente, salvo il diritto di domandare ai donatari o ai legatari la cauzione di restituire i beni avuti, se e a chi di ragione contro gl'immessi al possesso definitivo;[2] inoltre le disposizioni degli articoli 1027-1029 riguardanti il pagamento dei debiti dell'eredità sono applicabili a questi, come se si trattasse di una successione realmente aperta a loro favore.[3]

2º Che la prescrizione delle azioni che si trovano nel patrimonio dell'assente è regolata dalle leggi riguardanti non lui, sibbene gl'immessi al possesso. Quindi la prescrizione è sospesa a favore dell'immesso al possesso, se minore, non ostante che l'assente sia maggiore; al contrario corre contro

---

[1] Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Aubry e Rau, § cit., pag. 610 e seg.

[3] Proudhon, I, p. 295; De Molny, n. 734; Plasman, I, p. 210 e 212; Demolombe, II, 136; Aubry e Rau, loc. cit.; Bianchi, II, 354.

quello, quand'anche questo sia minore; [1] ammenochè l'assente ricomparisca: nel qual caso il tempo richiesto per la prescrizione deve essere computato, come se quella fosse corsa sempre contro di lui; [2]

3° Che le alienazioni o le ipoteche consentite dagl'immessi al possesso contro la probizione dell'art. 29 capov. 1° sono valide per essi e per i terzi, salve le altre cause di nullità, [3] meno quella riconosciuta dall'art. 1459, per motivo che il terzo acquirente non può provare che la cosa vendutagli sia altrui per mancanza di prova sull'esistenza dell'assente; invece il compratore potrebbe valersi dell'art. 1510, cioè o sospendere il pagamento del prezzo sino a che non sia cessato il pericolo dell'evizione, o non siagli prestata cauzione pel rimborso; [4]

4° Che le ipoteche legali o giudiziali imposte sopra i beni propri degl'immessi al possesso si estendono ai beni dell'assente e quindi i creditori possono prendervi l'iscrizione, ma non divengono irrevocabilmente efficaci che quando gl'immessi al possesso sieno divenuti definitivamente proprietari de' beni gravati. [5]

79. Tutte le regole spiegate sui diritti ed obblighi degl'immessi nel possesso, nel triplice rapporto sotto cui sono stati considerati, sono applicabili (tenuto conto delle debite differenze) alle persone che hanno ottenuto l'esercizio provvisorio dei diritti dipendenti dalla morte dell'assente. Così per darne un esempio, se l'assente avesse alienato de' beni donatigli col patto della riversibilità in caso di premorienza del donatario, il donante o quelli a cui favore fu questa convenuta non possono rivendicare in forza dell'autorizzazione dell'esercizio provvisorio de' loro diritti que' beni contro i terzi acquirenti. [6]

---

[1] Merlin, Rép. v° Absent, not. 2 sull'art. 134; Delvincourt, I, part. 2, p. 97 e 98; Demolombe, II, 139; Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Duranton, I, 295; Aubry e Rau, loc. cit. not. 24; Bianchi, loc. cit.

[3] Duranton, I, 486; Demolombe, II, 137; Aubry e Rau, § cit., p. 546, testo e nota 26.

[4] Aubry e Rau, loc. cit.; Bianchi, loc. cit.; ma vedi Demolombe, loc. cit.

[5] Demolombe, II, 138; Aubry e Rau, loc. cit.

[6] Demolombe, II, 141; Aubry e Rau, I, § 153, pag. 614; Bianchi, I, 355.

80. Se durante il periodo dell'immissione al possesso temporaneo o dell' esercizio provvisorio de' diritti dipendenti dalla morte dell' assente questi ricomparisca, o venga provata la sua esistenza, cessano gli effetti della dichiarazione di assenza; salvo, ove sia d'uopo, le cautele di conservazione e di amministrazione del patrimonio, prescritte nel caso di presunzione di assenza (art. 33). Conseguentemente i possessori temporanei dei beni debbono farne restituzione con le rendite nella quantità riservata all'assente, cioè il quinto o il decimo e il terzo o il sesto dei frutti, a senso della distinzione sopra esposta, rimanendo a loro profitto il resto o anche il tutto, secondo casi (art. 33). Debbono inoltre rendergli conto dell'amministrazione che hanno tenuto.

Ma alla loro volta possono aver diritti da esercitare contro l'assente, quale, esempligrazia, quello di esser rimborsati delle spese che sono a carico della proprietà o anche de' frutti in proporzione delle rendite a lui riservate.

Se poi durante il possesso temporaneo venisse a provarsi la morte dell'assente, la successione si avrà per aperta a vantaggio di quelli che, al tempo in cui viene constatato essere avvenuta la morte sua, erano suoi eredi legittimi o testamentari, o dei loro successori legittimi o testamentari. Quindi ad essi debbono ne' congrui casi restituirsi i beni dell'assente con le rendite, da quelli che li hanno posseduti, quali eredi presuntivi nel tempo da cui partì la presunzione di assenza; potendo non essere gli eredi legittimi o testamentari nel tempo della morte (art. 33).

La quota della rendita da restituire si misura sul tempo corrente; cioè se non sono trascorsi dieci anni, dovrà restituirsi il quinto o il terzo secondo i casi; e se sono trascorsi, il decimo o il sesto non solo per gli anni eccedenti il decennio, ma per tutti quanti; così se sono passati quindici anni, non si restituirà già dai parenti il quinto o il terzo per dieci anni, e il decimo o il sesto per gli altri cinque; ma il decimo o il sesto per tutti i quindici anni.[1]

---

[1] Marcadè, art. 127, IV.

I frutti pendenti poi appartengono per intero all'assente o ai suoi effettivi eredi.[1]

Se poi durante il possesso temporaneo, alcuno provi di avere avuto al tempo da cui parte la presunzione di assenza un diritto prevalente od eguale a quello del possessore, può escluder questo dal possesso o farvisi associare; ma non ha diritto ai frutti se non dal giorno della domanda giudiziale (art. 35).

81. Dall'immissione nel possesso temporaneo passando all'immissione nel possesso definitivo dei beni dell'assente, innanzi tutto essa non si opera di diritto;[2] ma deve essere dimandata.

Può dimandarsi in due casi, cioè:

1º Quando l'assenza fu continuata per lo spazio di trent'anni dopo l'immissione nel possesso temporaneo. L'assenza è continuata, quando durante il periodo dell'immissione l'assente non sia ritornato, non abbia dato notizie di sè e non siasene provata l'esistenza; perciocchè verificandosi alcuno di questi casi, l'assenza stessa sarebbe cessata. Se l'immissione al possesso temporaneo non abbia avuto luogo, reputo che l'immissione nel possesso definitivo possa dimandarsi, trascorsi trent'anni dal giorno in cui si sarebbe potuta dimandare.[3]

2º Quando sieno trascorsi cento anni dalla nascita dell'assente e le ultime notizie risalgano almeno a tre anni addietro. Nulla rileva che i cento anni si compiano prima o dopo la dichiarazione di assenza e l'immissione nel possesso temporaneo; nel primo caso però deve essere premessa la dichiarazione di assenza (art. 36 e 38). Non rileva neppure che i

---

[1] Marcadé, art. cit., V; Demolombe, II, 121 e 122; Bianchi, I, 363.

[2] Relazione Vigliani, I, 20; Astengo, De Foresta, I, 328 e 329; Bianchi, I, 365.

[3] Mi sembra che il Legislatore supponga, giusta ciò che ordinariamente avviene, che la immissione nel possesso temporaneo abbia tenuto dietro alla dichiarazione di assenza; perciò ove in verità ciò non si verifichi, sembrami che si debba prendere per punto di partenza quello che il Legislatore medesimo ebbe in pensiero (consulta Dalloz, Rép. vº Absent, n. 432; Marcadé, art. 129, V; Demolombe, II, 148; *contro* Laurent, II, 222; Bianchi, I, 367).

tre anni, a cui debbono risalire le ultime sue notizie, siansi compiuti prima dei cento anni della vita sua o si compiano contemporaneamente o dopo.[1]

L'immissione al possesso definitivo si fonda sulla presunzione della morte dell'assente; la quale prevale su quella della vita di lui, a motivo, nell'un caso, della mancanza di sue notizie per trentatrè o trentasei[2] anni, nell'altro caso, a motivo dell'età centenaria dell'assente, che è ordinariamente la più lunga che si viva; aggiuntavi inoltre la mancanza di notizie per gli ultimi tre anni almeno, che senza dubbio concorre potentemente a togliere ogni incertezza che potesse mai rimanere sull'esistenza di una persona, essendo pur sempre possibili le longevità ultra centenarie.

82. L'immissione al possesso definitivo può essere domandata dalle persone interessate. Per persone interessate s'intendono tutte quelle alle quali è accordata la facoltà di farsi immettere nel possesso temporaneo del patrimonio dell'assente o nell'esercizio provvisorio de' diritti subordinati alla condizione della morte di lui. Che anzi saranno ordinariamente, non sempre però nè in tutto le stesse; perchè possono esservi altre persone che abbiano un diritto eguale o poziore a quello de' possessori, fino allora non esercitato. Del resto nulla rileva che abbiano o no avuto il possesso temporaneo; salvo che la loro azione in questo secondo caso non siasi estinta per prescrizione, a cui è soggetta secondo il diritto comune.

83. Quanto al procedimento da seguirsi per ottenere l'immissione al possesso definitivo; questa deve essere dimandata al tribunale competente, che è quel medesimo che può ordinare i provvedimenti nell'assenza presunta e l'immissione al possesso temporaneo nell'assenza dichiarata (art. 36 cong. cogli art. 21 22 e 26). Il tribunale provvederà in camera di consiglio o nelle forme stabilite per i giudizi sommari, secondo che l'immissione al possesso abbia luogo senza o col contradittorio degli eredi

---

[1] Bianchi, I, 368.

[2] Dico trentatrè e trentasei per l'aggiunta degli anni dell'assenza presunta.

legittimi (art. e arg. art. 22 e 26 § 1° e 2°, Cod. civ., e art. e arg. art. 794, Cod. di proc. civ.). [1]

Il tribunale prima di pronunziare l'immissione al possesso definitivo deve constatare la continuazione dell'assenza; perciocchè potrebbero essere giunte notizie dell'assente, che gli immessi al possesso temporaneo possono aver cercato di tener nascoste ed anche di sopprimere; al quale effetto può ordinare eziandio che si prendano informazioni. [2]

84. La immissione al possesso definitivo produce tre ordini di effetti;

1° Scioglie le cauzioni e fa cessare le altre cautele che fossero state imposte; perciocchè viene a mancare il loro oggetto. Regolarmente il tribunale, nel pronunziare l'immissione al possesso definitivo, deve dichiarare sciolte le cauzioni e cessate le cautele; ma se ne tacesse, lo scioglimento e la cessazione avrebbero parimente luogo, essendo pur sempre vero che non avrebbero più oggetto. Le cauzioni restano sciolte non solo per l'avvenire, ma eziandio per il passato, quasi non ci fossero mai state; in fatti non possono più essere tenute a nulla; perciocchè l'assente o i suoi aventi causa, nel cui interesse le cauzioni furono prestate, non conservano verun diritto sul passato (art. 39). [3] Se le persone interessate non domandano il possesso definitivo, le cauzioni possono dimandare esse di essere sciolte (arg. art. 36);

2° Fa cessare ogni vigilanza di amministrazione e ogni dipendenza dall'autorità giudiziaria (art. 37); perciò cessano di essere applicabili le disposizioni de'due capoversi dell'articolo 29;

---

[1] Il contradittorio sarà necessario allora che non abbia avuto luogo; perciò omesso il caso che prima della immissione al possesso definitivo debba farsi la dichiarazione di assenza, come quello che è regolato dalle proprie regole anche in questa ipotesi, sarà necessario allora che si presentino a dimandare in tutto o in parte la detta immissione persone diverse da quelle che avevano ottenuta la provvisoria (consulta Bianchi, I, 371).

[2] Duranton, I, 501; Marcadé, art. 129, III; Demolombe, II, 171.

[3] Marcadé, art. 129, II; Demolombe, II, 161; Laurent, II; Bianchi, I, 372.

3° Conferisce a coloro che ottennero l'immissione nel possesso temporaneo la facoltà di procedere a divisioni definitive e disporre dei beni liberamente non solo a titolo oneroso, ma eziandio a titolo lucrativo (art. 37).[1]

In somma raccogliendo in una sola proposizione tutti gli effetti della immissione al possesso definitivo, essa produce in riguardo agl' immessi al possesso definitivo, all' assente e ai terzi tutti gli effetti che sarebbero prodotti dall'apertura definitiva della successione di lui nel giorno in cui scomparve, o al quale risalgono le ultime sue notizie. Di conseguenza gli immessi al possesso definitivo sono da tal giorno reputati veri ed assoluti proprietari, salvo la risoluzione della loro proprietà ne'termini e modi che or ora saranno esposti.[2]

Ma se l'immissione al possesso definitivo non sia stata ottenuta dai figli e discendenti dell'assente, questi possono dimandarla entro trent'anni, computabili dal giorno in cui quella ebbe luogo (art. 40). Il tempo trascorso anteriormente non nuoce loro; sebbene nuoccia a tutti gli altri; in quanto la loro azione rimarrebbe prescritta prima.

Anche l'immissione al possesso definitivo dei beni dell'assente cessa o col suo ritorno o colla prova, sia della sua esistenza, sia della sua morte.

85. Se dopo l'immissione nel possesso definitivo l'assente ritorna od è provata la sua esistenza,[3] egli ricupera i beni non alienati nello stato in cui si trovano, esempigrazia, gravati di servitù e d'ipoteche e più o meno deteriorati;[4] ed ha diritto di conseguire il prezzo de' beni alienati, ove sia tuttora dovuto, o i beni mobili od immobili nei quali sia stato investito (art. 39).

---

[1] Demolombe, II, 156; Laurent, II, 227; Bianchi, I, 375.

[2] Vedi il n. seg.

[3] Gli effetti della cessazione di assenza in queste due ipotesi sono identici; ma nella seconda può verificarsi presunzione di assenza e farsi anche luogo a nuova dimanda di dichiarazione di assenza (Vedi Marcadé, art. 131; Demolombe, II, 190; Laurent, II, 232; Bianchi, I, 384).

[4] Relazione Vigliani; Astengo, De-Foresta, I, 328 e 329; Bianchi, I, 381.

In luogo di questi, non può l'assente pretendere di avere e l'immesso al possesso di dare il prezzo pagato per acquistarli, o il prezzo di stima. Ha del pari diritto di conseguire la somma ritratta dalla vendita, che l'assente provi esistere tuttora presso l'immesso al possesso o essere stata impiegata da lui a propria utilità.[1]

Quanto poi al prezzo consumato o perduto dal possessore definitivo senza sua utilità, l'assente non potrà pretenderlo se non provando di essere stato in dolo il possessore stesso, conoscendo la esistenza di lui.[2]

In fine per ciò che concerne i beni alienati a titolo gratuito, l'assente avrà diritto a conseguire dagli alienanti quanto di utilità avranno potuto eventualmente ritrarre dall'atto di gratuita alienazione; quindi, esempligrazia, se essi avessero dato in dote ad una loro figlia beni dell'assente, questi potrà conseguire dagli alienanti l'ammontare della dote che avrebbero costituito sui propri beni.[3]

In verun caso poi l'assente potrà pretendere alcuna parte de' frutti de' beni o del prezzo che ricupera, nè alcuna indennità per le deteriorazioni sofferte da' suoi beni, ammenochè non provasse la malafede degl'immessi al possesso. Al contrario dovrà rimborsare il possessore delle spese utili e necessarie a norma del diritto comune (art. 704-706 e 1150).[4]

Gli anzidetti diritti dell'assente non sono soggetti a prescrizione durante l'assenza di fronte agl'immessi al possesso, sibbene di fronte ai terzi; cessata poi l'assenza, la prescrizione corre contro quello che fu assente, giusta i principii generali di diritto (art. 2120, capov. 2° e art. 2135).[5]

Se al contrario dopo l'immissione nel possesso definitivo venga provato il tempo della morte dell'assente, quelli che

---

[1] Consulta Marcadé, art. 132, V; Demolombe, II, 157; Bianchi, I, 382.
[2] Vedi Astengo, De Foresta, I, 328 e 329.
[3] Marcadé, Demolombe, loc. cit.
[4] Merlin, Rép. v° Absent; Duranton, VI, 246; Demolombe, II, 166.
[5] Astengo, De Foresta, I, 341; Bianchi, I, 383.

in tal tempo erano suoi eredi o legatari od abbiano acquistato qualche altro diritto dipendentemente dalla morte di lui, e ove ne sia il caso, i loro successori possono proporre le relative azioni loro competenti. Rimangono però salvi a favore dei terzi possessori i diritti acquistati colla prescrizione e gli effetti della buona fede riguardo ai frutti percepiti (art. 41).[1]

CAPO III.

DELLE REGOLE COMUNI ALL'ASSENZA PRESUNTA E ALL'ASSENZA DICHIARATA

SOMMARIO

86. Rinviando al suo proprio luogo l'esame dell'influenza dell'assenza sul matrimonio, mi occupo qui solamente degli effetti dell'assenza sia presunta, sia dichiarata, riguardo alle ragioni eventuali che possono competere all'assente.

Ragioni o diritti *eventuali* sono quelli che al presente non danno che una speranza e la cui attuazione dipende da un evento futuro ed incerto, e sono opposti ai diritti *certi* la cui esistenza è completa e il cui esercizio è in potere nostro. Quindi le ragioni o i diritti eventuali, di che discorriamo, sono quelli

---

[1] Suppongasi, per esempio, che al tempo della mia sparizione era vivo e capace di succedermi un mio fratello, il quale perciò abbia ottenuto il possesso provvisorio e quindi il definitivo, e che al tempo della mia morte questi più non esisteva o era divenuto incapace di succedermi, e invece vi era uno zio per mio legittimo erede, questi potrà dimandare la mia legittima successione. Ma per ottenerla deve proporre l'azione di petizione dell'eredità entro 30 anni dal giorno della immissione al possesso definitivo, altrimenti la sua azione rimarrà prescritta.

dipendenti dall'esistenza dell'assente. Or bene, niuno è ammesso a reclamare un diritto in nome di un assente, del quale è ignorata l'esistenza, se non provi che questi esisteva, quando quel diritto è nato (art. 42); perciocchè è regola che chiunque reclama un diritto deve provare [1] che gli compete, e intanto può competergli il diritto di che si discorre, in quanto l'assente era esistente il giorno che il diritto sarebbe nato. Quindi se un creditore di un assente pretenda che il suo debitore ha diritto ad una successione apertasi dopo la sua assenza, deve provare la esistenza di questo nel tempo dell'apertura della successione. Del pari se si aprisse una successione alla quale sia chiamata in tutto od in parte una persona, della cui esistenza non consti, si devolve a coloro coi quali tale persona avrebbe avuto il diritto di concorrere, od a quelli a cui spetterebbe in sua mancanza, salvo il diritto di rappresentazione; così se un padre avesse lasciato tre figli, di cui due presenti ed uno assente, la successione sarebbe per intero raccolta da que' due figli presenti; parimente se avesse lasciato il solo figlio assente ed un fratello, questi raccoglierebbe tutta la eredità. È però salvo il diritto di rappresentazione a norma del diritto comune; [2] di conseguenza, se quel figlio assente in ambedue i casi avesse lasciato discendenti, questi succederebbero in tutto o in parte in luogo dell'assente loro autore (art. 43). La stessa decisione è applicabile al caso di un legato; lasciato esso a più persone, una delle quali sia assente, sarà raccolto dai presenti, in quanto godono del diritto di accrescimento (art. 884); e lasciato ad un solo che sia assente, gli eredi del testatore possono considerarlo caduco fin dalla morte del testatore e ripartirselo come incluso nella successione.

Nulla rileva che l'assente abbia lasciato un procuratore; perciocchè non cessa di essere ignorata la sua esistenza.

---

[1] L'esistenza non deve essere provata in modo assoluto, ma soltanto rimpetto a colui, al quale importi di escluderla. A tal effetto è ammesso ogni genere di prova, perciocchè trattasi di un fatto, nè la legge impone limiti ai mezzi di prova (vedi Astengo, De Foresta, I, 348 e seg.).

[2] Astengo, De Foresta, I, 52 e seg.

Quelli ai quali in mancanza della persona che è assente è devoluta la successione o, sino ad un certo punto, il legato, devono far procedere all'inventario de' mobili e alla descrizione degl'immobili, potendo esser tenuti alla restituzione della eredità o della quota di essa spettante all'assente (art. 43, capov.).

87. La devoluzione della successione, alla quale era chiamato in tutto o in parte un assente, produce tutti gli effetti, come se di fatto l'assente non esistesse: quindi le persone, a cui si fosse devoluta, non sono tenute a verun provvedimento conservativo; possono da una parte disporre liberamente dei beni che la compongono,[1] e dall'altra non possono sottrarli alle azioni de' loro personali creditori.[2]

I terzi acquirenti però non possono valersi del benefizio dell'articolo 1510.[3]

Ma tanto l'esclusione del reclamo di un diritto in nome di persona di cui s'ignori la esistenza, quanto la devoluzione della successione alla quale era chiamato in tutto o in parte un assente, non pregiudicano la petizione di eredità e gli altri diritti che spettassero all'assente od a' suoi rappresentanti, cioè ai suoi eredi od aventi causa, quali sono, esempligrazia, i suoi creditori (art. 45). L'esercizio dell'azione di petizione di eredità e l'esercizio degli altri diritti possono farsi, quando

---

[1] Merlin, Rép. v° Absent, not. 3 e 4 sull'art. 136; Toullier, I, 480; Proudhon, I, p. 68 e 343; Demolombe, II, 213; Marcadé, art. 136, III; Aubry e Rau, I, § 158, pag. 628 e seg.; *contro* Delvincourt sull'art. 136; Duranton, I, 394. Però i chiamati alla successione dell'assente in sua mancanza possono non valersi del diritto di avocarla a loro e preferire invece che sia deferita in tutto o in parte agli eventuali aventi diritto dall'assente, o che sia nominato un curatore per rappresentarlo nell'inventario o nella divisione. Questi atti però non li priverebbero del diritto di riprendere, anche prima della dichiarazione di assenza, i beni che hanno consentito fossero attribuiti provvisoriamente all'assente o ai suoi aventi causa. Giammai poi apparterrebbero agli eredi legittimi o testamentari dell'assente, perciocchè non appartennero mai a costui (Duranton, I, 536; Demolombe, II, 206 e 207; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, art. 120, III).

[2] Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Aubry e Rau, loc. cit.

l'assente si presenti o ne sia provata l'esistenza nel tempo che si aprì a suo favore la successione o nacquero i diritti (art. 44).

L'azione di petizione di eredità e l'esercizio degli altri diritti sono regolati dal diritto comune, e specialmente da una parte quelli ai quali fu devoluta la successione non sono tenuti alla restituzione dei frutti, se sono stati di buona fede (art. 45 e 703); dall'altra l'assente o i suoi rappresentanti o aventi diritto debbono rispettare non solamente gli atti di amministrazione fatti dai possessori, ma ancora le alienazioni a titolo oneroso fatte a favore dei terzi di buona fede.

TITOLO IV.

DELLA PARENTELA E DELL'AFFINITÀ

SOMMARIO

88. Transizione alla parentela e all'affinità. Dello stato di famiglia. Che sia la famiglia. Che la parentela e l'affinità. Che il vincolo coniugale.
89. Distinzioni della parentela in naturale e civile; in naturale legittima e illegittima, in illegittima semplice o naturale strettamente intesa, e in adulterina e incestuosa. Sino a qual grado sia riconosciuta dalla legge la parentela.
90. In qual modo si stabilisca l'intensità del vincolo di parentela. Grado. Linea. Distinzione della linea in retta e collaterale. Suddistinzione della prima in discendente e ascendente. Altro significato della voce linea; linea paterna e materna.
91. Modo di computare i gradi nella linea retta e collaterale.
92. Doppia linea di parentela.
93. Della prova della parentela e de' suoi gradi.
94. Dell'affinità. Suoi limiti. Sua distinzione in civile e naturale. Donde l'una e l'altra derivano. Modo di computare l'intensità del vincolo. Se e quando l'affinità cessa di produrre i suoi effetti.
95. Degli effetti della parentela e dell'affinità.

88. Fu detto superiormente che gli stati di una persona possono essere due; cioè di cittadinanza e di famiglia. Dopo la trattazione dello stato di cittadinanza viene perciò spontaneamente quello dello stato di famiglia.

La famiglia in senso stretto, comprende i genitori e i loro figli; in senso lato, in cui è considerata nel diritto civile, si compone di tutte le persone che discendono da uno stesso stipite.[1] Il vincolo che unisce tali persone chiamasi parentela (art. 48).

Dalla parentela e dal matrimonio celebrato da uno dei parenti nasce, attesa l'intima unione coniugale, un vincolo analogo a quello di parentela, ma meno intenso, che l'un coniuge lega ai parenti dell'altro. Questo vincolo chiamasi affinità (art. 52).

---

[1] Vedi la Leg. 195, § 2 e 4, D. de verb. sign. L, 16.

Il vincolo coniugale non è nè parentela, nè affinità; è un legame *sui generis*, e il più intimo che possa immaginarsi; a tal segno da formare de'due coniugi quasi una persona sola.[1]

89. La parentela è naturale e civile, secondo che tal legame si formi dalla natura, o dalla legge civile mediante l'adozione.

La parentela naturale è legittima o illegittima, secondochè deriva da un matrimonio legittimo o da un'unione illegittima fra due persone di diverso sesso. Nulla rileva che tale unione sia passeggiera o costante.

La parentela naturale illegittima (che chiamasi ancora comunemente *naturale* soltanto) è o semplicemente tale o adulterina o incestuosa; secondochè l'unione illegittima ebbe luogo fra due persone che nel tempo del concepimento potevano contrarre matrimonio, o non potevano contrarlo per vincolo di precedente matrimonio o di parentela o affinità in linea retta in infinito, e di parentela in linea collaterale nel secondo grado (art. 180 2°).

La parentela legittima non è riconosciuta dalla legge oltre il decimo grado (art. 48, capov.); salvo il caso, in cui fosse naturalmente possibile, che nella successione si facesse luogo al diritto di rappresentazione (art. 730 e 732).

La parentela naturale semplice, ove consti legalmente, cioè se sia riconosciuta o dichiarata, non ha valore che fra i genitori e i loro figli riconosciuti o dichiarati e i discendenti di questi (art. 58, 186, capov. 1, 748 e 817). Ma relativamente al matrimonio ha valore anco tra fratelli e sorelle (art. 59 1°). Al contrario non ha nessun valore tra i figli naturali e i parenti legittimi de'loro genitori, eccettuati i figli legittimi di questi, rispettivamente loro fratelli o sorelle, in ordine all'impedimento del matrimonio (art. 59 1°).

La parentela adulterina o incestuosa, ove del pari consti legalmente, sono considerate soltanto nei rapporti fra i genitori e i figli (art. e arg. art. 193).[2]

---

[1] Et erunt duo in carne una.

[2] Non osta l'articolo 752 capov.; perocchè esso accorda ai figli adulterini e incestuosi il diritto agli alimenti nelle sostanze dei loro genitori e non contro

90. Per determinare l'intensità del vincolo di parentela che unisce una persona ad un'altra, si contano le generazioni. Ogni generazione forma un grado.[1] Le serie di gradi forma la linea.[2] La linea è retta e collaterale; la prima è la serie dei gradi tra le persone che discendono l'una dall'altra, quali sono il figlio, il padre, l'avolo, il bisavolo, il trisavolo ed altri; la seconda è la serie dei gradi tra le persone che hanno uno stipite comune senza discendere le une dalle altre, quali sono i fratelli, i cugini ed altri (art. 50). D'onde appare che la linea collaterale *(quasi a latere)* consta necessariamente di due linee rette, partenti ambedue da uno stipite comune.[3]

La linea retta si distingue in discendente ed ascendente; secondo che lega lo stipite con le persone che ne discendono, o una persona a coloro dai quali discende; quindi la linea che lega il tuo avo a tuo padre e a te, è discendente, e quella che lega te al tuo padre e al tuo avo, è ascendente. La differenza dunque (come apparisce da se medesima) non consiste che nel modo di considerare la linea; cioè dall'alto in basso nella prima ipotesi; dal basso in alto nella seconda (art. 50, capov. 1° e 2°).

La voce linea si prende anche in altro significato; cioè per designare l'insieme de' parenti che sono uniti ad una persona per il lato di suo padre o per quello di sua madre; perciò in questo senso si distingue in linea paterna e in linea materna; espressioni corrispondenti perfettamente a famiglia paterna e a famiglia materna. La linea paterna incomincia da mio padre,

---

gli eredi legittimi di questi; e al postutto è esercibile contro questi nella qualità di eredi e non di parenti.

[1] Inst. § 7 e 8, de gradib. cong. III, 6.

[2] Gradus dicti sunt a similitudine scalarum, locorumve proclivium, quos ita ingredimur, ut a proximo in proximum, id est, in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus (Leg. 10, § 10, D. de grad. et adfin. XXXVIII, 10).

[3] Gradus cognationis alii superioris ordinis sunt, alii inferioris, alii ex transverso sive a latere; *superioris ordinis* sunt parentes; *inferioris* liberi; *ex transverso sive a latere*, fratres et sorores, liberique eorum (Leg. 1 princ. D. de gradu et adfin. XXXVIII, 10).

e risalendo comprende tutte le persone che per esso mi sono direttamente parenti. Dicasi la stessa cosa della linea materna. È poi affatto indifferente che esse, se appartenenti alla linea paterna, siano parenti materni di mio padre; e viceversa.

91. Nella linea retta si computano alrettanti gradi quante sono le generazioni fra le persone discendenti dallo stipite; cosicchè i gradi possono anche computarsi, contando le persone meno lo stipite.[1] Quindi io sono parente di mio padre in primo grado, del mio avolo in secondo grado e del mio bisavolo in terzo grado; perciocchè dal mio bisavolo a me sonosi formate tre generazioni.

Nella linea collaterale i gradi si computano, contando o le generazioni o le persone delle due linee, non comprendendo in questo secondo modo di computo lo stipite. Quindi, prendendo a stipite nostro padre, io e mio fratello siamo parenti in secondo grado,[2] io e il figlio di mio fratello in terzo grado, il figlio mio e quello di mio fratello in quarto grado; perciocchè io e mio fratello rappresentiamo due generazioni prodotte da nostro padre; io e il figlio mio e di mio fratello tre generazioni, il figlio mio e quello di mio fratello quattro generazioni, i figli di queste sei generazioni; ovvero senza lo stipite, siamo due, tre, quattro, sei persone.

92. Se una persona fosse parente di un'altra per lato di suo padre e di sua madre insieme, si avrebbe quella che comunemente chiamasi la doppia linea di parentela. Tali sono

---

[1] Tot sunt generationes quot personae, dempto stipite (Leg. 10, § 11 e seg. D. de gradib. et affinit. XXXVIII, 10. Per formare un grado o una misura occorrono due punti, due termini. Non può adunque formarsi il primo grado che con due persone che sono necessariamente due generati e rappresentanti perciò due generazioni. Se non che la prima di queste due persone prendendosi per stipite, si considera solamente come generatore; esso quindi col generato forma una sola generazione. Ma in seguito ogni nuova generazione forma un grado; perchè il generato del grado precedente viene a figurare nel susseguente come generatore (Inst. § 7, de gradu cogn. III, 6).

[2] Ex transverso, sive a latere; nullus est primus gradus, et ideo incipit a secundo (Leg. 1, § 1. De gradu et affinit., XXXVIII, 10).

i fratelli germani, fra di loro che hanno doppio vincolo di parentela; mentre i fratelli consanguinei e uterini sono legati da un solo vincolo, dal lato del padre i primi, dal lato della madre i secondi. Tali sono eziandio i figli nati dal matrimonio di due persone, di cui l'una appartenga alla linea paterna, e l'altra alla linea materna della persona, la cui parentela si vuole valutare, come sarebbe un mio nipote nato da due miei cugini, di cui uno dal lato paterno, l'altro dal lato materno. Più specialmente si ha il doppio vincolo di parentela, quando si è congiunti ad una persona per due vincoli, come sarebbero i figli di un medesimo padre procreati da due matrimoni contratti con due sorelle; cotesti figli sono fratelli consanguinei per aver comune il padre, e cugini per esser figli di due sorelle; altrettanto dicasi se fossero figli di una medesima madre sposatasi a due fratelli; essi sarebbero fratelli uterini e cugini. Vi sarebbe ancora un doppio vincolo di parentela tra un figlio di due cugini e questi, in quanto che quegli è loro figlio comune e nipote biscugino di ciascuno.

93. Regolarmente la prova della parentela e de' suoi gradi si desume dagli atti dello stato civile. Ma in mancanza di questi può farsi con documenti, scritture, testimoni e presunzioni (arg. art. 364); salvo sempre le disposizioni concernenti le prove intorno alle questioni di stato (art. 170 e seg.).[1]

94. L'affinità, come si diceva, è il vincolo fra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge (art. 52 princ.).

Benchè derivante dal matrimonio, che fa de' due coniugi quasi una persona sola, *duo in carne una*, e che in un certo senso congiunge le famiglie de' due sposi, il vincolo dell'affinità esiste limitatamente fra l'un coniuge e i parenti dell'altro, e non si estende dai parenti di un coniuge ai parenti dell'altro; così i fratelli del marito di mia sorella, cioè di mio cognato non sono miei affini, sebbene lo siano di mia sorella. Del pari non si estende dagli affini di un coniuge agli affini dell'altro; così i mariti di due sorelle non sono affini fra loro.

---

[1] Vedi Demolombe, XIII, 340 e seg.; Bianchi, II, 7.

In fine dagli affini di uno de'coniugi in virtù di un primo matrimonio il vincolo di affinità non si estende al secondo coniuge; così io non sarei affine alla seconda moglie di mio cognato.

L'affinità si suole distinguere in civile e naturale, secondo che ha causa da un matrimonio valido, o da un matrimonio nullo, e da un commercio illecito. Ma il diritto patrio non riconosce che la civile (art. 52).[1] Nulla poi rileva che il matrimonio annullato fosse contratto in buona fede; sia da ambedue le parti, sia da una di esse soltanto; perciocchè questo produce gli effetti civili di un matrimonio valido nei rapporti fra i coniugi e non fra l'uno di essi che sia stato di buona fede e i parenti dell'altro.[2]

---

[1] Vedi in questo senso, Valette su Proudhon, I, 403; Demolombe, I, 112; Mourlon, I, 352.

[2] Il chiarissimo professor Bianchi (II, 9) reputa che il matrimonio nullo ma contratto in buona fede produca l'affinità fra l'un coniuge e i parenti dell'altro, ove ambedue siano stati di buona fede; altrimenti fra quello di buona fede e i parenti dell'altro. I suoi argomenti sono questi due: cioè che in primo luogo l'affinità è un effetto civile del matrimonio valido; essa dunque deve generarsi dal matrimonio nullo che, per ragione della buona fede d'ambedue i coniugi o di uno di essi soltanto, produce gli stessi effetti del matrimonio valido; che in secondo luogo sarebbe una ributtante immoralità che quegli che visse come marito con una donna A, possa poi contrarre matrimonio colla sorella, con una figlia, colla madre di A; e viceversa. Ma, quantunque confutata formalmente dal sullodato professore la ragione da me addotta nel testo, tuttavia oso opporla al suo primo argomento, che parmi peccare di soverchia generalità. Egli mi fa osservare trattarsi appunto di un effetto civile del matrimonio rispetto al coniuge di buona fede. Conviene però considerare che l'affinità è un vincolo fra l'un coniuge e i parenti dell'altro; il matrimonio putativo adunque produrrebbe l'effetto non solamente rispetto al coniuge di buona fede, ma eziandio riguardo ai parenti dell'altro. Ora le espressioni del testo dell'art. 116 *riguardo ai coniugi, in favore del coniuge di buona fede*, indicano che gli effetti civili del matrimonio putativo si producono limitatamente nei rapporti dei coniugi e non eziandio nei rapporti dell'uno de' coniugi co' parenti dell'altro. Questi parenti (e ne' congrui casi anco i terzi) possono risentire le conseguenze di tali effetti; ma non esserne essi medesimi i soggetti. Quanto al secondo

L'affinità ha gli stessi gradi e le stesse linee della parentela, e nella linea e nel grado in cui taluno è parente di un coniuge è affine dell'altro coniuge (art. 52, capov. 1°).[1] Quindi esempligrazia, il suocero è affine della nuora in primo grado, questa

---

argomento, sia pure immorale quel connubio; questa immoralità potrà affacciarsi per censurare la legge che non l'ha impedita; per invocare una legge riparatrice; ma non mai per interpretare a modo nostro la legge scritta; il giureconsulto, ripeterò col Merlin, non può pretendere di essere più morale del legislatore. Ma l'inanità e la fallacia di questo argomento appariscono chiaramente, ove si applichi all'ipotesi che uno de' coniugi soltanto, per esempio, la donna, sia stato in buona fede: allora sarà immorale che questa si unisca in matrimonio col fratello, col padre, con un figlio di quello che con inganno la condusse in moglie; ma non sarebbe immorale che quegli che la possedè come moglie, si sposi alla sorella, alla madre, ad una figlia di lei. Il suddetto professore poi ha dovuto considerar per nulla la scissione della qualità di affine che risulta dalla sua dottrina; scissione che cosa grave e assurda era pure apparsa ai signori Astengo, De Foresta, Gerra ecc. (I, 379). Eppure il testo dell'art. 52: *l'affinità è il vincolo fra un coniuge e i parenti dell'altro*, mostra che, dati i parenti d'ambedue i coniugi, quel vincolo è essenzialmente reciproco; cioè se lega l'un coniuge ai parenti dell'altro, lega essenzialmente i parenti di quest'ultimo col primo. Ha dovuto pure non fare alcun conto che l'affinità nel suo complesso è più un peso che un vantaggio (vedi n. 188), nel mentre che è pur vero che la legge nell'attribuire al matrimonio putativo la virtù di produrre gli effetti civili, ha voluto fare un favore al coniuge di buona fede. Questi certamente non può scindere il contratto di matrimonio, per quanto riguarda i beni; ma è ben altra cosa il dover subire un vincolo che si attiene al proprio stato. E ciò mi suggerisce un'osservazione che parmi perentoria: il coniuge di buona fede può anche non invocare gli effetti civili del matrimonio putativo; esso adunque può a sua scelta essere o non essere affine dei parenti dell'altro. Ora l'affinità è tal vincolo, la cui esistenza e valore non possono dipendere certamente dalla volontà degl'individui cui leghi o possa legare (consulta fra gli altri nel senso della mia opinione, Laurent, II, 253 e 438; Astengo, De-Foresta, Gerra ec. loc. cit.).

[1] L'affinità realmente non può avere nè gradi nè linee; perocchè i gradi e le linee presuppongono la discendenza da uno stipite comune, il vincolo di sangue o la parentela fra le persone, riguardo alle quali vuolsi fare il computo dei gradi o considerare le linee. Ma entrando la parentela come elemento costitutivo dell'affinità, perciò questa risulta un vincolo analogo a quella, per quanto meno intenso; così si sono applicate ad essa le regole dei gradi e della linea della parentela.

è affine del fratello di suo marito in secondo grado, e dei figli di questo suo cognato in terzo grado. Nella prima ipotesi la nuora è affine col suocero nella linea retta ascendente e questi con quella nella linea retta discendente.[1] nella seconda e terza ipotesi l'affinità è collaterale. In fine se il marito abbia parenti della linea paterna e parenti della linea materna, per esempio, uno zio paterno e una zia materna, la moglie di lui sarà affine di quello nella linea paterna, di questa nella linea materna.

L'affinità non cessa per la morte del coniuge dal quale deriva (art. 52 capov. 2°); perocchè il vincolo di affinità si generò completo dal matrimonio; sicchè può continuare a sussistere, quantunque la sua causa venga ad estinguersi. È a questo riguardo affatto indifferente, che dal matrimonio sia o no nata la prole, e che nella prima ipotesi, questa sopravviva o no allo scioglimento del matrimonio (art. e capov. cit.). È del pari indifferente che il coniuge superstite conservi lo stato vedovile o passi a seconde nozze.[2]

Tuttavia in alcuni casi specialmente determinati dalla legge, l'affinità non produce alcuni effetti (art. e capov. cit.). I casi determinati dalla legge sono quelli delle seconde nozze contratte dalla suocera o dalla nuora, e della mancanza della prole. Gli effetti che in questi casi vengono a mancare sono i diritti e gli obblighi rispettivi della prestazione degli alimenti.

95. La parentela produce alcuni effetti propri ed altri comuni coll'affinità. Così esempligrazia, la parentela e non l'affinità dà diritto alla successione (art. 721); conferisce alcuni diritti e doveri particolari fra ascendente e discendente, come la patria potestà (art. 220) e la tutela (art. 244); dà luogo a certe presunzioni d'interposizione di persone nelle disposizioni a

---

[1] La cosa stessa si dica nel caso in cui ad una persona siano nati figli da due matrimonii; i figliastri sono affini di primo grado col patrigno o colla matrigna in linea discendente e l'uno o l'altra con quelli in linea ascendente.

[2] Bianchi, II, 12.

titolo gratuito; infine conferisce il diritto di fare opposizione ad un matrimonio (art. 82); di domandarne l'annullamento (art. 104); di provocare l'interdizione e la nomina di un consiglio di famiglia (art. 326 e 250, capov. 1°).

Gli effetti poi comuni (ma non sempre eguali, essendo sovente più limitati quelli dell'affinità) sono l'obbligo reciproco di prestazione di alimenti (art. 140); il diritto e l'obbligo di far parte del consiglio di famiglia (art. 252 e 253) e di assumere la tutela nel senso che l'obbligo incombe più rigorosamente sugli affini che sugli estranei (art. 274); l'impedimento al matrimonio (art. 58 e 59); l'esenzione dall'arresto personale (articolo 2098); la ricusazione di giudice (art. 116, 2 e 3, Cod. proc. civ.) e l'incapacità di essere testimonio e perito (art. 236 e 254 Cod. proc. civ.).

TITOLO V.

DEL MATRIMONIO

SOMMARIO

96. Transizione al matrimonio. È l'origine della famiglia. Che cosa sia il matrimonio. A quali ordini faccia capo il matrimonio considerato storicamente; ordine naturale, ordine civile, ordine religioso.
97. Del matrimonio civile. Che sia. Se abbia valor civile il matrimonio ecclesiastico. Carattere speciale del matrimonio. Deve distinguersi dal contratto di matrimonio, ossia dalle convenzioni matrimoniali e nuziali.
98. Divisione della materia del matrimonio.

96. La famiglia ha fonte dal matrimonio.

Il matrimonio è la società perpetua, formata da due persone di sesso diverso affine di procurarsi la mutua felicità, mediante la più intima unione o la comunanza indivisibile della loro vita, e affine di procreare la prole.

Il primo di questi scopi solamente è essenziale al matrimonio; il secondo gli è soltanto naturale; sicchè il matrimonio può contrarsi anco allora che la procreazione della prole non è fisiologicamente possibile alle due persone che lo contraggono.

La istituzione del matrimonio, considerata storicamente, fa capo a tre ordini di principii; all'ordine naturale, all'ordine civile e all'ordine religioso. In vero la società coniugale deriva dal diritto di natura, che, dando all'uomo l'istinto della procreazione con quello della socialità, gli dettò la legge dello stabile congiungimento dei due sessi.

Alla semplicità del diritto naturale i legislatori di tutti i popoli aggiunsero norme positive, intese, quali ad accertare la celebrazione delle nozze con forme più o meno solenni, quali a conformarle secondo la diversità dei luoghi, dei tempi e dei costumi, alla decenza, alla morale ed al pubblico bene, e quali a determinarne gli effetti così tra i coniugi, come tra essi e la prole comune, cioè a costituire ed ordinare la famiglia.

Ad un atto di tanta importanza per le sorti dell'uomo e per lo sviluppo dell'umana società, non potevano rimanere, nè in effetto rimasero estranee le religioni, e meno ancora la cristiana.

È nostro cómpito di considerare il matrimonio solamente nel secondo ordine, cioè nel civile.

97. Il matrimonio nell'ordine civile, o più brevemente, il matrimonio civile è quello contratto nelle forme e secondo le prescrizioni della legge civile. Esso quindi, per virtù della sola legge civile e indipendentemente da ogni rito religioso, produce tutti gli effetti civili che la legge medesima gli attribuisce. Al contrario il matrimonio celebrato soltanto col rito religioso, e canonicamente validissimo, si ha per inesistente dalla legge civile.

Per altro, quantunque il matrimonio civile si formi col consenso delle parti manifestato nella forma prescritta dalla legge civile; tuttavia non può considerarsi come un semplice contratto ordinario: esso conserva sempre il carattere d'istituzione eminentemente morale e sociale.

Il matrimonio civile, come causa dell'unione coniugale, va in tutto distinto dal contratto di matrimonio che regola i rapporti civili de'coniugi in ordine al loro patrimonio; mentre il primo determina i rapporti personali fra i coniugi e fra questi e la prole, e fra loro ed altri parenti ed affini.

98. La materia del matrimonio civile è divisa dal Codice in dieci parti, aventi per oggetto,

1° La promessa di matrimonio e delle condizioni necessarie per contrarre matrimonio;

2° Le formalità preliminari del matrimonio;

3° L'opposizione al matrimonio;

4° La celebrazione del matrimonio fra cittadini del Regno;

5° Il matrimonio dei cittadini in paese estero e degli stranieri nel Regno;

6° Le nullità del matrimonio;

7° Le prove della celebrazione del matrimonio;

8° Le disposizioni penali dirette a garantire l'osservanza delle leggi regolatrici del matrimonio;

9° Dei diritti e dei doveri che nascono dal matrimonio;
10° Lo scioglimento del matrimonio e la separazione dei coniugi.

CAPO I.

DELLA PROMESSA DI MATRIMONIO E DELLE CONDIZIONI NECESSARIE PER CONTRARLO

SEZIONE I.

DELLA PROMESSA DI MATRIMONIO.

SOMMARIO

99. Della promessa di matrimonio. Può esser fatta verbalmente o per iscritto. Lo scritto può essere pubblico o privato. La promessa di matrimonio non obbliga mai le parti a contrarlo. Conseguenza in ordine alle obbligazioni assunte in dipendenza della promessa: sono inefficaci.
100. Eccezione. Obbligo del rimborso delle spese fatte per causa del promesso matrimonio. Sotto quali condizioni tale obbligo gravi su quello degli sposi che si rifiuta di procedere alla celebrazione del matrimonio.
101. Quali spese formino materia dell'obbligo anzidetto.
102. Entro qual tempo ne debba essere dimandato il rimborso.

99. La promessa con cui un uomo ed una donna, capaci di contrarre matrimonio, prendono scambievole impegno di coniugarsi, può essere verbale o scritta. La promessa scritta può esser fatta per atto privato o autentico (art. 54).

Ma in qualunque modo fatta, la promessa di matrimonio non produce nè nel promittente nè nell'accettante veruna obbligazione legale di contrarlo; essa viene considerata sempre come un semplice progetto; il recedere dal quale rimane sempre in piena libertà delle parti, atteso il grande interesse che la società, le famiglie e gli sposi medesimi hanno che il matrimonio sia liberissimo (art. 53).

Nulla rileva del resto che la promessa sia stata preceduta o seguita da illecita copula, con o senza procreazione di prole; perciocchè ciò rende senza dubbio grave il mancamento alla

promessa, specialmente da parte dell'uomo; ma non può considerarsi sufficiente a dar forza obbligatoria ad una promessa che in modo generale ed assoluto viene dichiarata destituita di ogni efficacia giuridica; per la suprema ragione anzidetta.

Inefficace tale promessa a produrre l'obbligazione principale del matrimonio, è inefficace per necessaria conseguenza a generare l'obbligazione di eseguire ciò che si fosse convenuto nel caso d'inadempimento di essa. Quindi, esempligrazia, quel de' due che manca alla promessa, non è tenuto a sborsare all'altro quella somma di denaro che, come penale, si è obbligato di pagargli in tal caso. Neppure è tenuto a lasciargli la caparra che per garanzia della promessa gli avesse pagato (art. 53).

Per la medesima ragione, tale promessa non obbliga quella delle due parti che vi manca, a tenere indenne l'altra dei danni che può soffrirne, essendo anche l'obbligazione dei danni accessoria alla principale non adempiuta. In fine per la medesima ragione tale promessa non dà diritto a quel de' due verso il quale l'altro vi manca, a fare opposizione al matrimonio che quest' ultimo voglia contrarre con un'altra persona (arg. *a contr.* art. 82).

100. Tuttavia la legge obbliga quella delle due parti che senza giusto motivo si rifiuta di eseguire la promessa, a risarcire l'altra parte delle spese fatte per causa del promesso matrimonio (art. 54).

Per farsi però luogo all'obbligo anzidetto, la legge richiede il concorso di tre condizioni.

In primo luogo si richiede che la promessa sia stata fatta dal maggiore di età o dal minore autorizzato dalle persone, il concorso delle quali è necessario per la celebrazione del matrimonio (art. 54). L'autorizzazione di queste persone è necessaria pel minore, quand'anche emancipato. Ma al contrario non è necessaria pel maggiore. Per maggiore di età s'intende quegli che ha compiuto gli anni ventuno; perciò è indifferente che, se maschio e avente i genitori, non abbia ancora superato gli anni venticinque, dopo i quali soltanto può celebrare il matrimonio senza il consenso dei medesimi. Il maggiore di

età, per quanto riguarda questa prima condizione, è soggetto all' anzidetto obbligo, quand' anche non abbia la capacità di obbligarsi per convenzione; perocchè, come si diceva, quell' obbligo nasce dal fatto dell' ingiusto rifiuto di mantenere la promessa, che può considerarsi come un quasi-delitto; quindi vi è tenuto anco il maggiore inabilitato, [1] e lo stesso interdetto che risanato di mente abbia fatto la promessa di matrimonio, e prosciolto dall' interdizione si rifiuti di eseguirla. Quanto al minore, è necessario che egli abbia fatto la promessa coll' autorizzazione delle sunnominate persone, acciò il rifiuto di eseguirla lo renda obbligato a risarcire le anzidette spese; perchè altrimenti la promessa si ritiene data per slancio giovanile, per effetto di blandizie piuttosto che con animo serio e deliberato.

In secondo luogo si richiede che la promessa sia stata fatta per atto pubblico o per scrittura, acciò da una parte si abbia quasi un segno che la promessa fu fatta con serietà e quasi con ponderazione, e dall' altra rimanga esclusa la prova testimoniale e presuntiva, per la quale potrebbero venir disvelati i segreti più gelosi delle famiglie e offesa anche la decenza e la morale pubblica. Si equipara alla promessa fatta per atto pubblico quella che consti dalle pubblicazioni ordinate dall' uffiziale dello stato civile; perciocchè la richiesta che ne venne a lui fatta, e in seguito alla quale le ordinò, include gli elementi di una promessa formale di matrimonio, fatta in atto pubblico, qual è quello ricevuto da lui (art. 54). È del resto indifferente che la richiesta delle pubblicazioni sia stata fatta

---

[1] Bianchi, II, 22. Nella prima edizione decisi che l'inabilitato non fosse obbligato al risarcimento delle spese, perchè non avevo avvertito abbastanza che tale obbligo non deriva punto dalla promessa, ma dalla legge. Dico dalla legge, piuttosto che dal quasi-delitto dell' ingiusto rifiuto, discostandomi perciò alquanto dal professore Bianchi; perchè veramente la disposizione dell' art. 54 non può considerarsi come un' applicazione dell' art. 1151, nè in ordine alla estensione della responsabilità, nè in ordine alle persone alle quali questa prima condizione è imposta, sapendosi che il minore resta obbligato dal delitto e dal quasi-delitto, indipendentemente da ogni condizione.

da quella delle parti che poi manca alla fatta promessa, o dal padre o dal tutore, o da persona munita da essi di speciale e autentico mandato (art. 73 princ.); perchè la richiesta anche in questi casi presuppone e ratifica autenticamente la promessa; ben inteso che, ne' congrui casi, il figlio sotto la patria potestà e il minore sotto tutela può escludere la esistenza della promessa.[1]

Dall'essere richiesto, come condizione, che la promessa risulti da atto autentico o da scrittura privata o dalle pubblicazioni ordinate dall'uffiziale dello stato civile, deriva che l'attore non può provare col mezzo de' testimoni, neppure se esista un principio di prova per iscritto, nè deferire al convenuto il giuramento, e nemmeno prevalersi della confessione fatta da quest' ultimo.[2]

In terzo ed ultimo luogo si richiede che il promittente si rifiuti di eseguire la promessa senza giusto motivo (art. 54). Se v'abbia o no giusto motivo del rifiuto, è quistione di fatto da decidersi dai tribunali col loro prudente arbitrio. Tuttavia può dirsi in generale, che costituisce giusto motivo ogni cambiamento avvenuto nella persona o nelle sostanze di uno degli sposi; il quale cambiamento, se si fosse preveduto nel giorno della promessa, questa non si sarebbe data. Tale sarebbe una condanna correzionale o criminale; un fatto denigrante; un'infermità permanente, od anche la diminuzione notevole di salute; il disonore di cui si fosse coperta la sua sposa anche prima della promessa, se ignorato dallo sposo; e finalmente il rifiuto, da parte de' genitori, ascendenti, adottanti e consigli di famiglia o di tutela, di consentire al matrimonio promesso.[3]

101. Le spese da risarcirsi sono quelle fatte per causa del matrimonio (art. 54). Esse possono essere di vario genere; tali sarebbero quelle de' viaggi; degli acquisti fatti e divenuti inutili; le spese del contratto di matrimonio, delle pubblicazioni

---

[1] Bianchi, II, 23.

[2] Bianchi, II, 23.

[3] Process. verb. 7, I; Demolombe, III, 11 e seg.; Aubry e Rau, IV, § 451 e seg. testo e nota 4.

e della dispensa di età; i doni dati in contemplazione del futuro matrimonio. Certo è però che non vi deve essere compreso verun altro danno emergente, come sarebbe la perdita del tempo e lo stesso pregiudizio risultante dalla rinunzia di un pubblico impiego, data in vista ed anche a causa del prossimo matrimonio; o qualunque pregiudizio morale. Meno ancora vi può essere compreso il lucro cessante, come sarebbe una donazione subordinata alla celebrazione del promesso matrimonio; perciocchè tutti questi capi non entrano punto nelle spese fatte per causa del promesso matrimonio.[1]

102. La dimanda pel risarcimento delle anzidette spese deve essere promossa, sotto pena di decadenza, entro l'anno dal giorno in cui la promessa doveva essere eseguita (art. 54, capov.); cioè dal giorno che era stato fissato per la celebrazione del matrimonio. Ove tal giorno non fosse stato fissato, sembra che l'anno debba computarsi dal giorno che l'altra parte, interpellata giudizialmente o stragiudizialmente di eseguire la promessa, vi si rifiutò; perciocchè il diritto al risarcimento delle spese nasce effettivamente da tal giorno.[2]

Incorre in tal decadenza di quest'azione anche il minore (art. e arg. art. cit. princ.).[3]

SEZIONE II.

DELLE CONDIZIONI NECESSARIE PER CONTRARRE MATRIMONIO

SOMMARIO

103. Le condizioni che si richieggono per contrarre matrimonio sono estrinseche ed intrinseche. Le estrinseche consistono nelle

---

[1] Duranton, II, 87; Demolombe, III, 31.
[2] Bianchi, II, 24.
[3] Bianchi, II, 24

formalità che debbono precedere e accompagnare la celebrazione del matrimonio; le intrinseche consistono nell'esistenza delle qualità che debbono avere gli sposi, il consenso loro e delle persone sotto la cui potestà, tutela o sorveglianza si trovano, e nell'inesistenza di certe cause impeditive del matrimonio. Tanto delle intrinseche quanto delle estrinseche alcune sono necessarie all'esistenza, altre alla validità del matrimonio; altre infine non sono necessarie nè all'esistenza nè alla validità del medesimo; ma solamente ne impediscono la celebrazione. Se mancano le prime condizioni, il matrimonio si ha per inesistente; se mancano le seconde, il matrimonio esiste, ma è annullabile; se mancano le terze, il matrimonio celebrato che sia, è pienamente valido; ma gli sposi e l'uffiziale dello stato civile, avanti il quale ha avuto luogo la celebrazione, incorrono in multe e altre pene.

104. Le condizioni necessarie all'esistenza del matrimonio sono tre: la differenza di sesso, il consenso e la celebrazione solennemente fatta.

La differenza di sesso è necessaria all'esistenza del matrimonio, essendo l'unione dell'uomo e della donna. Quindi l'unione formatasi fra due persone del medesimo sesso non costituisce matrimonio. Ma la conformazione viziosa o la mutilazione degli organi sessuali non osta alla valida esistenza del matrimonio, sempre che il sesso possa riconoscersi e si trovi differente nelle due persone che vogliono coniugarsi.

Il consenso degli sposi è necessario alla esistenza del matrimonio, perocchè è un contratto, e non può verun contratto formarsi senza consenso. Conseguentemente, il matrimonio contratto da una persona in istato di furore, di demenza, d'imbecillità o di ubbriachezza si ha per inesistente; perciocchè tale stato esclude ogni consenso. Ma non è necessario che il consenso sia seguito dalla coabitazione; cosicchè se uno degli sposi morisse appena prestato il suo consenso, il matrimonio sussisterebbe.[1]

---

[1] Leg. 30, D. de reg. jur. L, 17; Demolombe, III, 20.

Infine la celebrazione solenne del matrimonio, cioè avanti un ufficiale dello stato civile, è necessaria alla sua esistenza; perchè tale è la volontà della legge giustificata dall'importanza dell'atto. Se adunque un uomo ed una donna si fossero prestato reciprocamente il consenso di unirsi in matrimonio e fossero vissuti sempre come marito e moglie, si avrebbe concubinato e non matrimonio. Del pari il matrimonio celebrato avanti il prefetto, il pretore, il presidente del tribunale, il parroco, e cento testimoni si avrebbe per inesistente.[1]

105. Le condizioni necessarie alla validità del matrimonio possono distinguersi in positive e negative. Le prime consistono in certe qualità che debbono possedere gli sposi; nella validità del loro consenso; e nel consenso di determinate persone dalla cui autorità la legge li dichiara dipendenti relativamente al loro matrimonio. Le seconde consistono in determinate cause che fanno impedimento al matrimonio. Le une e le altre si comprendono comunemente sotto la voce d'*impedimenti*. Tuttavia è forse più esatto e più chiaro di riservare questa voce soltanto per le seconde condizioni, e chiamare le prime condizioni propriamente dette.

§ I.

DELLE CONDIZIONI NECESSARIE ALLA VALIDITÀ DEL MATRIMONIO PROPRIAMENTE DETTE

SOMMARIO

106. Quali siano queste condizioni. Età degli sposi. Quale età sia richiesta nell'uomo o nella donna per la validità del loro matrimonio. La vecchiaia più avanzata e la differenza di età ostano alla validità del matrimonio? È valido o nullo il matrimonio *in extremis*?
107. Validità del consenso degli sposi. Quali vizi in generale invalidano il consenso; e quali in specie relativamente al matrimonio; violenza ed errore.

---

[1] Marcadé, II, 456. Ma se il matrimonio fosse contratto avanti un ufficiale incompetente, sarebbe annullabile e non nullo (art. 104, capov.). La persona dei testimoni non è necessaria alla esistenza del matrimonio, contrariamente a ciò che per sbagliata intelligenza della Relazione del Guardasigilli, e per l'inavvertita disposizione dell'articolo 104 insegnai nella 1ª edizione.

108. Del consenso di certe determinate persone, richiesto per la validità del matrimonio dei dipendenti da loro per tale oggetto. Quali siano tali persone; genitori, ascendenti, adottante o consigli di famiglia e di tutela.
109. Dell'ordine, con cui è richiesto tale consenso in generale, e in specie riguardo ai figli legittimi o legittimati.
110. Seguito. In riguardo ai figli naturali riconosciuti o dichiarati, o non riconosciuti nè dichiarati.
111. Il consenso anzidetto è necessario, quando gli sposi siano emancipati, o trattisi di seconde nozze?
112. Qualità che deve avere il consenso. In qual modo debba essere prestato; e in qual tempo sia richiesto. Se e come possa revocarsi l'anzidetto consenso, prestato che sia.
113. *Quid juris*, se prima della celebrazione del matrimonio muoia o divenga incapace di manifestare la sua volontà la persona che vi consentì, o revochi il consenso prestato?
114. Se le sopraddette persone possano rifiutare il consenso. Se, da chi, a quale autorità e in qual modo possa farsi richiamo contro il rifiuto del consenso delle dette persone.
115. Gli sposi che hanno bisogno del consenso di altri per contrarre validamente matrimonio, sono tenuti a compiere atti rispettosi verso di quelli?

106. Come si diceva, le condizioni propriamente dette sono tre:

1° L'età degli sposi;

2° La validità del loro consenso;

3° Il consenso delle persone dalla cui autorità dipendono relativamente al matrimonio.

L'età legale per la valida celebrazione del matrimonio è per l'uomo diciotto anni compiuti, e per la donna quindici anni compiuti (art. 55). Questa età è alquanto superiore a quella in cui nel nostro paese, e specialmente nelle province meridionali si sviluppa la pubertà, ossia l'attitudine naturale alla generazione; ma essa, sebbene secondariamente, rimane giustificata dall'interesse che ha la società al miglioramento anche fisico delle generazioni; dall'importanza del matrimonio, che ne raccomanda la celebrazione matura e ben ponderata, e in fine dalla posizione di capi di casa, che vanno ad assumere i novelli sposi.

Gli anni diciotto o quindici, come si diceva, debbono essere compiuti; cosicchè l'uomo e la donna non possono contrarre matrimonio che dopo incominciato il primo giorno del loro diciannovesimo ò sedicesimo anno. Ma compiuta che sia tale età, non si ammette l'eccezione dell'impubertà.

In senso inverso non forma impedimento al matrimonio l'età avanzatissima, e meno ancora la disparità anche grandissima di età degli sposi.

Superata l'età legale, si contrae validamente il matrimonio anche *in extremis*, o in punto di morte; in effetto la legge non lo proibisce, anzi rendendolo possibile lo autorizza implicitamente (art. 97).[1] Esso è poi sommamente raccomandato dal rispetto dovuto ai costumi, dalla pietà verso i figli innocenti ed infelici, dal grido della coscienza di un uomo desideroso di riparare gravi torti della sua vita sul punto di abbandonarla, ed in fine dalla sventurata condizione di una donna sovente ingannata da fallaci promesse.

Ma per la sua validità non è necessaria l'esistenza di tali motivi.[2]

---

[1] Relazione Vigliani, I, 41. Il professor Bianchi (II, 45) ritiene per cosa evidente che l'art. 78 del Regolamento degli atti dello stato civile e non l'articolo 97, da me citato sull'autorità del senatore Vigliani, riguardi il caso del matrimonio *in extremis*. Non rileverei ciò, quando non ne risultasse una dottrina che reputo erronea. Il citato articolo del Regolamento dispone che « nel caso di imminente pericolo di vita, se gli sposi hanno prole naturale vivente che intendono di legittimare, l'ufficiale dello stato civile può procedere alla celebrazione del matrimonio, omessa ogni formalità, purchè vi preceda la dichiarazione giurata di quattro testimoni che accertino non esistere. » Seguendo senza riserva l'avviso del distinto professore di Parma, dovrebbe decidersi che ove non si verifichino le condizioni richieste dal citato art. 78, non possa l'ufficiale dello stato civile procedere alla celebrazione del matrimonio *in extremis*. Ma la verità è che niuna disposizione che sia realmente legislativa, vieta il matrimonio *in extremis*; la verità è che anco due persone che si trovano in fin di vita possono possedere tutte le condizioni necessarie per contrarre matrimonio; e godono senza dubbio di tutti i diritti civili, fra'quali figura senza dubbio quello di contrarre matrimonio; in fine la verità è che l'essere uno degli sposi in fin di vita, gli rende al certo impossibile di recarsi alla casa comunale, e costituisce perciò una delle cause, per cui l'ufficiale dello stato civile deve recarsi a celebrare il matrimonio presso il letto di morte dello sposo quasi in agonia. E siccome l'art. 97 non esige veruna condizione, così in termini generali ed assoluti deve decidersi: potersi celebrare il matrimonio civile *in extremis*; potersi in specie celebrare, sebbene non si verifichi neppure una delle condizioni richieste dall'art. 78 sopra citato. Quest'articolo, non so quanto legalmente, anzi, lo dirò senza riserva, affatto illegalmente, stabilisce una dispensa delle formalità preliminari del matrimonio, formandosi, se gli fosse possibile, disposizione legislativa in sequela degli art. 78 e 80 del Codice civile, e ampliando la disposizione dell'art. 97 dello stesso Codice.

[2] Vedi la nota precedente, e Relazione Vigliani loc. cit.

107. Il consenso, come fu già detto, è una condizione essenziale alla esistenza del matrimonio; perciò ove esso manchi, non v'ha, nè può esservi matrimonio. [1]

È poi necessario che il consenso dato da ambedue gli sposi al matrimonio sia valido, acciò sia valido il matrimonio medesimo.

Giusta i principii generali rendono invalido il consenso i vizi del dolo, della violenza e dell' errore. Ma quanto al matrimonio, il dolo, non si considera come causa sufficiente a invalidarne il consenso, e conseguentemente a rendere annullabile il matrimonio contratto sotto l' influenza di esso; perchè altrimenti non sarebbe assicurata al matrimonio la necessaria stabilità, rimanendo esposto a dimande di nullità da parte degli sposi per speranze deluse o illusioni svanite, per le quali si riterrebbero vittime di frodolenti artifizi (arg. *a contr.* art. 1). [2]

L' errore può cadere sulla individualità fisica, sulla personalità civile e sulla qualità di uno degli sposi. I due primi errori viziano il consenso e rendono nullo il matrimonio; ma non il terzo. [3]

---

[1] Vedi sopra n. 104.

[2] Consulta Laurent, II, 289.

[3] V' ha errore nella individualità fisica di uno degli sposi, *quando*, come dicono i canonisti, *hic putatur esse Virgilius et est Pluto;* e la storia ricorda che Giacobbe sposò Lia, credendola Rachele. Potrebbe verificarsi questo caso anche oggidì, quando ad uno divenuto cieco si facesse sposare una donna diversa da quella che egli ocularmente conobbe e che ha in mente nell' istante della celebrazione del matrimonio. V' ha chi ritiene che in questa ipotesi il consenso manchi del tutto e non che sia viziato dall' errore; e reputa perciò che il matrimonio sia inesistente e non solamente annullabile (Marcadé, I, 463; Demolombe, III, 246; Saredo, Tratt. del Dir. civ. it. I, 178; Bianchi, Corso elementare di Diritto civile italiano, II, 76). Giusta i principii generali di diritto riguardanti il consenso, o filosoficamente considerata questa opinione sarebbe vera. Ma ci sembra che tali principii non siano applicabili nel matrimonio. L' errore sulla individualità fisica dello sposo è stato considerato tradizionalmente, come causa di annullabilità del matrimonio, il quale perciò può venire confermato con consenso posteriore. *Iacob ergo et Liam non fecit coniuges*

108. In terzo luogo è necessario alla validità del matrimonio di due persone il consenso di quelli, dalla cui autorità la legge le dichiara dipendenti, in riguardo al matrimonio. Tali sono nei rispettivi casi il genitore e altri ascendenti e l'adottante degli sposi, e i consigli di famiglia o di tutela.

---

præcedens consensus, sed subsequens, dice Graziano (caus. 29, quæst. I). E passando sotto silenzio tutti gli altri canonisti e civilisti, Pothier, che ha una grande autorità per la interpretazione del Codice Napoleonico, insegnava la medesima cosa nel suo Trattato sul matrimonio (n. 308 e 309)..... « Se dopo aver riconosciuto l'errore, così egli, io consento di prendere in moglie Giovanna, che aveva sulle prime presa per Maria, questo consenso riabilita il mio matrimonio con questa donna, il quale prima di questo consenso era nullo ». Queste ultime parole di Pothier dimostrano che per esso il matrimonio contratto per errore sulla individualità fisica dello sposo non era inesistente; non potendo mai confermarsi ciò che non esiste. Il pensiero del legislatore francese adunque, attinto da esso all'antica dottrina tradizionale e insegnata dallo stesso Pothier, sua costante guida, fu quello di considerare il matrimonio contratto per errore sulla individualità fisica dello sposo, come annullabile e non come inesistente (Consulta, fra gli altri, Mourlon, Répet. écrites, I, 674-678; Laurent, Principes de droit civil, II, 291).

La stessa dottrina, secondo me, si è definitivamente seguita dal nostro legislatore. In vero il chiarissimo Vigliani nella sua Relazione, per giustificare la soppressione dell' adiettivo *essenziale* aggiunto alla voce *errore* dal progetto Pisanelli, dichiarava « l' adiettivo *essenziale*, che fu probabilmente inserito nel progetto per dissipare le ambiguità e le dubbiezze, che taluni pretesero di trovare nelle parole *errore nella persona* adoperate nel Codice Napoleonico, è sembrato alla Commissione poter riuscire al risultato contrario. » Sembrami adunque che colle identiche parole del Codice Napoleonico siasi voluto esprimere lo stesso pensiero.

D'altra parte la voce persona non indica eziandio l'individuo fisico? Anzi nel suo senso usuale indica questo colle sue qualità civili (consulta in questo senso Castellini, Archivio giuridico, V, 218; Pallotti, Archivio giuridico, VI, 231-267-289 e seg.).

È essa giustificabile questa teoria?

Io dissi nella 1ª edizione di quest' Opera; potersi tale teoria difendere col motivo, che la persona che si è surrogata a quella che doveva effettivamente contrarre matrimonio deve aversi per consenziente al matrimonio celebrato, e perciò sarebbe immorale ed ingiusto l'autorizzarla ad invocare il suo inganno per far dichiarare nullo il matrimonio che ha celebrato. Il professore Bianchi (loc. cit.) critica tali ragioni.

La legge richiede il consenso di tali persone sino al punto di formare della mancanza di esso una causa della nullità del matrimonio; acciò quest'atto importante si compia con serio e maturo consiglio, e non per l'affascinamento della seduzione o peli eccitamenti di violenta passione. Ciò esige l'interesse

---

Ma un eminente giureconsulto belga, il professore Laurent (loc. cit.) or ora scriveva. « D'après les principes généraux, le mariage devrait être *inexistant*; nous croyons que le législateur a bien fait de le déclarer seulement nul. Il y a, à cet égard, une grande différence entre le mariage et les contrats ordinaires. Quand je vous vends le fond A et que vous croyez acheter le fond B, il est évident qu'il n'y a pas de vente; il ne saurait y avoir l'ombre d'un doute sur notre intention, aucun de nous ne veut contracter; et qui peut savoir si l'autre ne le veut pas? Celui-là seul qui est dans l'erreur. Dès lors, il faut qu'il fasse connaître sa vraie volonté, il faut qu'il déclare s'il s'est trompé ou s'il ne s'est pas trompé. Et il faut qu'il le déclare dans un bref délai. Telle est la théorie consacrée par les articles 180 et 181 du Code civil. N'est elle pas mille fois plus raisonnable que la théorie du mariage inexistant? Quoi! vous avez epousé Jeanne, croyant épouser Marie; cela ne vous empêche de cohabiter avec elle pendant des années, et après cela vous viendrez dire: Il n'y a pas de mariage! Telle serait, en effet, la conséquence du mariage inexistant. Il y a une autre tout aussi absurde. Un mariage inexistant peut être attaqué par toute partie intéressée. Donc un collatéral viendra demander que votre mariage soit déclaré inexistant, alors que vous, malgré l'erreur qui vous l'a fait contracter, vous vouliez le maintenir! Pourquoi ne pas permettre à l'époux qui a été dans l'erreur de confirmer son mariage? Cela n'est pas juridique, nous le savons, car on ne confirme pas le néant. Mais si cela n'est pas juridique, cela est moral, ce qui vaut mieux. Ici encore il y a une énorme différence entre le mariage et les autres contrats. »

Dopo ciò concludo che l'errore sulla individualità fisica dello sposo non impedisce che si formi il matrimonio, ma lo rende annullabile a senso dell'articolo 105 capoverso.

Quanto all'errore sulla personalità civile dello sposo, come se un Saverio Prato assumesse il nome e la qualifica dell'immaginario Giorgio Castriota principe di Skanderberg, dei reali d'Albania e dell'Epiro o dell'esistente Duca di Sermoneta, non insisto d'avvantaggio; esso è comunemente considerato, come causa di annullamento del matrimonio; essendo ammesso dagli avversari che in questo caso v'ha consenso, sebbene viziato da errore. Questo errore cade nella persona; perchè la persona che si sposa non è *civilmente* identica a quella con cui si crede di contrarre matrimonio. « *Il faut*, ripeterò colla Corte di cassazione di Parigi (4 feb. 1860, 2, 88) e approverò col Laurent ed altri, *il*

degli sposi, e delle loro rispettive famiglie, fra le quali si stabilisce perfetto accordo o nasce invincibile avversione; secondo che i matrimoni sieno felici od infelici. Lo esige ancora l'interesse della nuova famiglia che sorge dal novello matrimonio. E più universalmente lo esige l'interesse dell'intera società.

---

faut que l'erreur porte sur une personnalité complète et soulève une question d'identité » (consulta Aubry e Rau, IV, pag. 16 testo e nota 10, e soprattutto la Relazione del chiarissimo Vigliani). Il signor Pallotti nella sua sagace ed elaboratissima monografia sopra citata, contesta che l'errore sulla personalità civile produca per se medesimo la nullità del matrimonio, ritenendo esso che tale errore è di qualità, ove non includa eziandio l'errore sulla individualità fisica; sino al punto di escludere la possibilità di una questione d'identità in siffatta ipotesi. Ma parmi che esso sia stato tratto a questa conclusione dalla scelta poco felice di casi ben determinati e precisi, e dall'analisi meno esatta e compiuta che ne ha fatto. Di grazia, se il sunnominato Saverio Prato, assumendo la personalità civile di Giorgio Castriota principe di Skanderberg, dei reali d'Albania e di Epiro, fosse riescito a sposare una principessa reale, non si avrebbe errore sulla personalità civile soltanto, capace di rendere annullabile il matrimonio? e non si solleverebbe qui una questione d'identità della persona civile?

Ma l'errore sulla personalità civile rende annullabile il matrimonio allora solo che tale personalità è stata la causa determinante del matrimonio, come nella ipotesi sopraesposta. In caso contrario, il matrimonio è e rimane valido; se, esempligrazia, un giovine, onesto cittadino e laborioso operaio, per sottrarsi alla leva militare, sentendo pel servizio militare invincibile ripugnanza, cambi domicilio, nome, cognome ed anche il mestiere, pur conservandosi sempre onesto cittadino e laborioso operaio, e sposi una fanciulla della sua condizione; questa non potrà dimandare la nullità del matrimonio, per ragione dell'errore sulla personalità civile di quello con cui si è congiunta; perchè in tal caso l'errore sulla personalità civile non può ritenersi, come causa determinante del matrimonio, e deve anzi ritenersi che il matrimonio sarebbe stato egualmente celebrato, in considerazione delle qualità fisiche e morali dello sposo (consulta Toullier, I, 521, 522; Merlin, Rép. v° Empêchement, sect. V, art. I, n. 4 e Quest. Mariage, § 9; Aubry e Rau, IV, pag. 61 testo e nota 9).

Da ultimo l'errore sulle qualità fisiche o morali non vizia talmente il consenso da rendere annullabile il matrimonio celebrato sotto l'influenza del medesimo. Sull'autorità di Marcadé e Demolombe, e per deferenza alle osservazioni fatte dal rimpianto Precerutti in seno alla Commissione di coordinamento, fui di contrario avviso nella 1ª edizione. Ma dopo maturo esame,

Quanto poi alla differenza di età stabilita dalla legge fra i figli maschi e le figlie femmine, in ordine alla necessità del consenso dei loro genitori, essa rimane giustificata dall'avere la donna uno sviluppo fisico e morale più precoce di quello dell'uomo; dal vivere essa sotto l'autorità del marito; e dall'avere nella freschezza dell'età una qualità propizia per essere prescelta a moglie.

109. Ma il consenso di tutte le persone superiormente nominate ne' singoli matrimoni, non deve in generale concorrere simultaneamente, ma successivamente in modo suppletivo.

---

mi sono indotto a cambiarlo quantunque dello stesso parere sia il chiarissimo professor Bianchi (op. e loc. cit.). Perocchè, innanzi tutto importa di assicurare al matrimonio la maggiore stabilità possibile, mentre al contrario essa sarebbe messa in gravissimo pericolo, ove l'errore sulle qualità rendesse il matrimonio annullabile. E appunto per rispetto a tale stabilità, raccomandata dai sommi interessi morali e sociali annessi al matrimonio, i principii generali di diritto debbono, direi quasi, piegarsi di fronte alle esigenze eccezionali del matrimonio medesimo. Per la medesima ragione è necessario che tutta la materia del matrimonio sia subordinata alle regole fisse del diritto, e non dipendente dall'arbitrio mutabile dell'autorità giudiziaria. Ora essendo impossibile di fissare un criterio generale ed assoluto, con cui decidere le singole controversie, è stato forza nella dottrina che ho creduto abbandonare, di rimetterne la decisione all'arbitrio moderato e prudente dell'autorità giudiziaria. In fine la Relazione del chiarissimo Vigliani dimostra chiaramente che, giusta il pensiero del legislatore, l'errore sulle qualità della persona non rende annullabile il matrimonio. « L'errore, così egli, sopra qualunque qualità, o fisica, o morale, o sociale della persona non dovrebbe mai costituire un motivo di nullità del matrimonio. »

Ancora in questo passo apparisce chiaro che fu pensiero della Commissione del Senato, e perciò anche del legislatore di mantenere l'antica dottrina tradizionale; e, tutto considerato, la dichiarazione della Commissione del Senato ha più valore di quella della Commissione di coordinamento.

Del resto è indifferente (ove mai fosse necessario di notarlo) che le qualità siano estrinseche o intrinseche, ossiano inerenti alla persona, e che queste siano tali che senza l'errore sulle medesime il matrimonio non si sarebbe contratto (vedi in questo senso, fra i più recenti scrittori stranieri, Laurent, op. cit. n. 292; e fra i nostri, Castellini e Pallotti, loc. cit.).

Nè si opponga che l'errore sulla personalità civile non è che errore sulle qualità; e che perciò o deve ammettersi l'annullabilità del matrimonio anche

Pel matrimonio del figlio o della figlia legittimi o legittimati si richiede in primo luogo il consenso del padre e della madre; ma se questi fossero discordi sarebbe sufficiente il consenso del padre, come capo della famiglia e preminente sulla moglie (art. 63, prima parte in fine). La madre però deve essere consultata in una forma decente e rispettosa, non potendo altrimenti constare del suo dissenso. D'altra parte ciò vuole il riguardo alla sua autorità e l'influenza che le ragioni del suo rifiuto possono esercitare sul marito e padre rispettivo, sino ad indurlo a revocare il consenso per interesse della comune prole. Per queste ragioni l'uffiziale dello stato civile non deve procedere alla celebrazione del matrimonio, se non

---

pel secondo errore, o escludersi pel primo. A questa obbiezione fatta già dall'illustre Demolombe, risposero, secondo che io reputo, vittoriosamente i celebri professori di Strasburgo (IV, pag. 61, not. 10; vedi pure Laurent, op. cit. n. 295). Anzi essa è stata già prevenuta da me, quando dichiarai che havvi errore nella personalità civile, quando ne rimane sollevata una quistione di identità; quistione che al certo non può sorgere quando si tratta di errore sopra una o più qualità di una persona (Consulta la sentenza della Corte di Torino, 9 maggio 1870; A. IV, II, 436). Credo utile di riferire alcuni *considerando* di questa sentenza, che, sebbene informata alle leggi ecclesiastiche, riconosce e determina con gran precisione e chiarezza l'errore sulla personalità o sullo stato civile di uno degli sposi. « Considerato che occorre esaminare, se, giusta le leggi canoniche vigenti all'epoca del matrimonio in discorso e che debbono governarlo, l'errore sul quale sia incorso uno degli sposi sulla personalità civile dell'altro, importi, per difetto di consenso di uno dei contraenti, la nullità del matrimonio stesso; Considerato, al riguardo, che la dottrina canonica, fondata sullo spirito delle leggi ecclesiastiche, ebbe ad equiparare all'errore sulla *persona fisica* che vizia il matrimonio quello che cade sopra la qualità che ne informa lo *stato civile*, tanto più quando sia a presumersi, che, in difetto di essa qualità di uno degli sposi, l'altro che la suppone non avrebbe consentito il matrimonio; ..... Considerato, che nel presentarsi l'appellato alla famiglia S. qual figlio legittimo del colonnello P. B., nell'assumere questa qualità davanti la curia arcivescovile di Firenze e lo stesso sacerdote che lo sposò alla L. S., e nel qualificarsi nobile nell'atto nuziale, mentre lo stesso P. B., di cui si fingeva figlio, non era che un modesto sarto nell'isola di Malta, egli mentì, e colla sua menzogna indusse in errore la sposa e il di lei padre non solo sulla sua condizione sociale, ma eziandio sul suo stato civile. Considerato al riguardo..... Considerato, che nel presentarsi..... »

gli viene giustificata tale consultazione.[1] Ma contro il consenso di suo marito non può fare opposizione al matrimonio.[2]

Che se uno de' genitori sia morto o impossibilitato a manifestare la propria volontà, basterà il consenso dell' altro; senza distinguere se sia il padre o la madre, e se questa continui a mantenere lo stato vedovile o sia passata a seconde nozze e abbia o no conservato l' amministrazione de' beni del figlio o della figlia che vuol contrarre matrimonio; perciocchè le seconde nozze non privano della patria potestà, dalla quale deriva appunto il diritto dei genitori di acconsentire al matrimonio de' loro figli (art. 232).[3] L' impossibilità può risultare da causa legale, come l' interdizione tanto giuridica quanto legale e la perdita della patria potestà per condanna penale o per decreto del tribunale (art. 233);[4] o da causa fisica,

---

[1] Duranton, II, 77, n° 3; Demolombe, III, 38; Aubry e Rau, IV, 65, n° 23; Mourlon, I, 539.

[2] Merlin, Répert. v° Opposition; Demolombe, III, 39; Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Duranton, II, 90; Demolombe, III, 45; Aubry e Rau, loc. cit.

[4] Circolare ministeriale ai signori Procuratori Generali presso le Corti di Appello del Regno sulla facoltà di consentire al matrimonio dei figli o dipendenti rispetto ai genitori od ascendenti condannati a pena producente incapacità civile. — Fu proposto a questo Ministero il dubbio se i genitori e gli altri ascendenti debbano considerarsi nella impossibilità di consentire al matrimonio dei figli o discendenti, giusta gli articoli 63, 64, 65 del Codice Civile, quando sieno stati condannati alla pena di morte, dell' ergastolo, dei lavori forzati a vita, o ad un' altra pena che colpisca d' incapacità civile il condannato. Quanto ai genitori che sono stati condannati ad alcuna delle tre pene indicate, il sottoscritto ritiene che i medesimi non sono in grado di consentire al matrimonio dei figli loro, imperocchè le dette pene producono fra gli altri effetti quello della perdita della patria potestà, a norma dell' art. 3 delle disposizioni transitorie sul Codice Civile. Nè sembra potersi dubitare che il diritto di consentire al matrimonio dei figli sia una conseguenza della patria potestà, ove si ponga mente ai precedenti legislativi ed ai lavori che prepararono il nuovo Codice Civile pel Regno d' Italia. Ciò era apertamente dichiarato dalle istituzioni di Giustiniano nel titolo *De nuptiis — si filii familiarum sint, consensum habeant parentum quorum in potestate sunt, nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet.*

Il Codice francese, sul quale andarono successivamente modellandosi i moderni Codici, considera pure il consenso dei genitori al matrimonio dei figli

come l'infermità mentale, l'assenza anche semplicemente presunta. La lontananza, per regola, non è sufficiente a dispensare dall'obbligo di aver il consenso del genitore lontano;

---

come una conseguenza della patria potestà. L'art. 168 di quel Codice, rispondendo quasi preventivamente alla obbiezione che naturalmente poteva nascere da ciò che il consenso è necessario, pei figli maschi, eziandio oltre l'età maggiore che segna il termine ordinario della potestà paterna, provvede con disposizione speciale per le pubblicazioni nel caso in cui le parti contraenti od una di esse siano *relativamente al matrimonio sotto la patria potestà;* onde si fa palese il concetto della legge, di riferire il consenso dei genitori pel matrimonio dei figli alla potestà anzidetta, talchè la medesima per questo speciale ed importante oggetto s'intende protratta oltre il confine ordinario. Non dissimile è stato l'intendimento della Commissione senatoria che elaborò il progetto che servì di base al nuovo Codice Civile, allorchè modificando in questa parte il progetto del Governo, riproduceva la disposizione del Codice francese per istabilire la necessità del consenso dei genitori od ascendenti al matrimonio dei figli maschi, anche oltre la minore età. Nella Relazione che precede il primo libro dell'accennato progetto, volendosi giustificare la necessità del detto consenso pei figli maschi sino all'età di anni venticinque, è detto:

« La legge che più largamente confida nell'amore e nell'autorità dei genitori e degli ascendenti, non fa che conformarsi al voto della natura: non è da temere che sia abusato un potere commesso alla più benigna e sicura delle *autorità*, la paterna. »

Posto adunque che si tratti di un atto il quale è un effetto dell'autorità paterna, ne discende ovvia la conseguenza che non lo può compiere il genitore che per condanna penale abbia perduto la detta autorità. Se la legge ritiene il genitore condannato ad alcuna delle pene indicate dall'art. 3 delle suddette disposizioni transitorie, come indegno di avere la direzione morale ed economica dei figli, e attribuisce il pieno esercizio di questa all'altro genitore ove esista, ed in sua mancanza costituisce un consiglio di famiglia, la ragione della legge richiede che quel potere, quella direzione morale cessi anche riguardo all'atto più importante della vita civile, il matrimonio. Che l'impossibilità di cui parlano gli art. 63, 64 e 65 del Codice Civile, debba intendersi così della fisica o naturale, come della civile o giuridica, non può seriamente mettersi in dubbio. È questo il linguaggio generale della legge: essa ritiene impossibile tutto ciò che vieta e che non può farsi secondo le disposizioni.

Le premesse osservazioni dimostrano pure che gli altri ascendenti condannati ad alcuna delle pene, perdono anch'essi il diritto di consentire al matrimonio dei discendenti, imperocchè, essendo chiamati a surrogare i genitori quando mancano, non possono avere un diritto maggiore di quello che spetta ai genitori medesimi.

perciocchè non costituisce di per se stessa un' impossibilità. Tuttavia per circostanze straordinarie anche la sola lontananza può costituire un caso d' impossibilità, come se, esempligrazia,

---

Ma vi sono altre condanne penali che senza togliere la patria potestà, ne tolgono però l'esercizio; come quelle che producono una impossibilità giuridica e di fatto all'esercizio medesimo; tali sono, secondo l' avviso del sottoscritto, le condanne alle pene che traggono seco l' interdizione legale del condannato. Dalle disposizioni che regolano l'interdizione legale risulta che l'interdetto non è privato soltanto dell'amministrazione de'suoi beni, ma perde la rappresentanza civile e gli viene nominato un tutore, il quale lo rappresenti in tutti gli atti giudiziali e stragiudiziali nel modo stabilito per gl' interdetti giudizialmente. Non può quindi esercitare la patria potestà colui che si trova egli stesso soggetto alla tutela; e se l'interdetto legalmente non potrebbe rappresentare i suoi figli od altrimenti intervenire pei medesimi negli altri atti civili, giudiziali e stragiudiziali, è conseguente che si trovi pure nella impossibilità civile di consentire al loro matrimonio. Ove l'interdetto fosse il padre, non può essere dubbio che la madre, giusta l'art. 220 del Codice Civile, sarebbe chiamata ad esercitare la patria potestà durante l'interdizione legale del marito. Per la stessa ragione, se fosse legalmente interdetta la madre, essa non potrebbe esercitare gli atti della patria potestà e non sarebbe nella possibilità legale di dare il suo consenso alle nozze dei figli. Lo stesso deve dirsi degli altri ascendenti che fossero condannati ad una delle pene che traggono seco l' interdizione legale.

Quando dal campo del diritto si volesse passare a quello della decenza e della morale, la soluzione del proposto dubbio sarebbe pur sempre la stessa. Ciascun vede quanto sarebbe sconveniente l'obbligare i figli che hanno la sventura di avere un genitore in un reclusorio, a rivolgersi a quei luoghi di pena per ottenere i primi auspicii alle loro nozze. Come si può attendere un consiglio autorevole da un uomo macchiato di gravi reati, che ne sta scontando la pena, colpito personalmente egli stesso d'incapacità civile dalla legge? Si aggiunga che la qualità della pena lo tiene segregato dalla famiglia, e privo delle comunicazioni sociali; onde non si troverebbe neppure in grado di procacciarsi le nozioni necessarie per dare o negare ragionevolmente il suo assenso al matrimonio dei figli. Tali sono i motivi pei quali il Ministro Guardasigilli crede che i genitori e gli altri ascendenti condannati ad alcuna delle pene che producono la perdita della patria potestà, o traggono seco l' interdizione legale del condannato, si trovino nell' impossibilità di consentire al matrimonio dei figli e discendenti, giusta gli art. 63, 64 e 65 del Codice Civile.

Egli prega pertanto le SS. LL. Ill.me di portare siffatto avviso a notizia dei Procuratori del Re, affinchè possano, occorrendo, dare conformi istruzioni agli ufficiali dello Stato civile.

Firenze, 23 ottobre 1866.

Il Ministro BORGATTI

fra i due paesi fossero interrotte le comunicazioni per guerra o provvedimenti igienici contro minaccianti morbi; o si trattasse di celebrare per gravi cause un matrimonio *in extremis*, senza

---

Le decisioni del signor Ministro sono incontrovertibili; ma stimo mio debito fare alcune osservazioni. Innanzi tutto sembra che il signor Ministro distingua e pene producenti incapacità civili da quelle che dànno causa all' interdizione legale; mentre l'art. 3 della legge transitoria attribuisce l'uno e l'altro effetto alle medesime pene. Benvero la distinzione potrebbe avere qualche significato in riguardo alle leggi anteriori al Codice, che ad alcune pene attribuissero la forza di produrre la incapacità civile assolutamente intesa, e ad altre l'interdizione legale. Ma anche a questo riguardo non si dimentichi la disposizione dell'art. 4 della medesima legge transitoria, che ha effetto retroattivo in quanto alla natura e alla estensione della incapacità.

Inoltre il signor Ministro accenna ad un' altra distinzione fra la perdita della patria potestà (versic. *Quanto ai genitori*), e la perdita dell'esercizio della medesima (versic. *Ma vi sono*). Questa distinzione non regge di fronte nè al-l'art. 3 della legge transitoria e 423 del Codice penale, nè all' art. 241 del Codice Civile, ove si tratta di perdita della patria potestà, e ne sembra più sottile che vera in riguardo all'articolo 233 del medesimo Codice Civile, il quale autorizzando la nomina di un tutore alla persona del figlio in surrogazione del genitore, che abusa della patria potestà, lo spoglia di questa potestà, e non del solo esercizio della medesima, non potendo coesistere una potestà patria, e una potestà tutelare con il relativo consiglio di famiglia; d' altra parte che cosa è una potestà patria non esercibile? Ben so che la madre ha la patria potestà, e non l'esercizio, vivente e potente il padre; ma tale potestà è almeno esercibile in potenza; l'esercizio è attuabile, date le condizioni, ma la patria potestà del genitore che ne ha abusato, non è esercibile in modo assoluto. Soltanto potrebbe dirsi, facendo la massima concessione, che non reputo giuridica (vedi appresso n. 539 e seg.) che la perdita della patria potestà può essere temporanea in quanto il decreto di condanna potrebbe essere revocato per resipiscenza del genitore. Ma è sempre vero che e l'interdizione legale e la condanna penale per prostituzione e corruzione del figlio e il decreto civile per abuso della patria potestà producono la perdita di questa.

Ho fatto queste osservazioni non per ispirito di critica, ma per guida in risoluzioni di questioni pratiche, le quali sono queste: « Il padre e dopo esso la madre saranno nell' impossibilità di consentire al matrimonio ne' casi che abbiano perduto la patria potestà per condanna di prostituzione e di corruzione del figlio a senso dell' art. 423 del Codice penale del 1859, e per decreto del giudice per minore abuso giusta la disposizione dell'art. 233 del Codice Civile? Gli argomenti addotti dal signor Ministro sono applicabili con minore effetto sotto un riguardo, e maggiore sotto un altro, perciocchè da una parte il reato

poterlo differire neppure di poche ore. Del resto non dichiarando la legge quali cause costituiscano l'impossibilità da essa nominata, spetta ai giudici il decidere ne'singoli casi, se siavi o no.[1]

Col consenso del padre e della madre o dell'uno de'due, deve concorrere quello dell'adottante; se il figlio o la figlia adottiva che è per coniugarsi, non abbia compito gli anni ventuno.

Se l'adottante fosse discorde dai genitori dell'adottato, prevale il consenso di questi e sopratutti quello del padre.[2]

L'adottante deve essere sempre consultato (arg. *a maiori* art. cit. prima parte in fine).

Se il padre e la madre dello sposo o della sposa fossero morti o nell'impossibilità di manifestare la loro volontà, e lo

---

è minore, e minore n'è la pena e il suo effetto, dall'altra il reato, o il semplice abuso della patria potestà si è commesso sopra il figlio che deve avere il consenso del genitore, e quindi non esitò a riconoscere che eziandio in questi due casi il genitore è nell'impossibilità di dare il consenso appunto perchè il genitore ha perduto l'autorità paterna (che dopo i 21 anni non è la cosa stessa che la patria potestà). Altrettanto dicasi dell'adottante e degli altri ascendenti decaduti non già dalla patria potestà, che non hanno mai avuto, ma dall'autorità giuridica nell'adottante, naturale e morale negli ascendenti. Il professor Bianchi (II, 86) suppone che io in questo discorso abbia emesso l'opinione che il padre o la madre sia nell'impossibilità di consentire sul matrimonio del figlio, anche quando per mala amministrazione delle sostanze del figlio stesso, sia stato dato a quest'ultimo un curatore ai beni; e in tale supposizione la critica. La critica sarebbe giustissima, perchè è evidente che la nomina di un curatore ai beni non pregiudica agli attributi della patria potestà. Ma quel caso non è stato punto da me compreso nel mio discorso; imperocchè vi ho considerato sempre e costantemente la perdita, la decadenza dalla patria potestà o dall'autorità analoga spettante all'adottante o agli ascendenti, che non sono i genitori.

[1] Demolombe, III, 40 e seg.; Aubry e Rau, IV, 462, pag. 66; Mourlon, I, 540. Quanto alla prova di tale impossibilità, consulta il Regolamento sugli atti dello Stato civile, articolo 7.

[2] Il professor Bianchi, traendo dall'articolo 63 l'argomento *a contrario sensu*, anzichè l'argomento *a majori*, reputa che ove l'adottante sia discorde dai genitori naturali e legittimi, non si possa procedere alla celebrazione del matrimonio; salvo il richiamo alla Corte di appello giusta l'art. 67.

sposo e la sposa anzidetti non avessero compiuti gli anni ventuno, si richiede il consenso degli avi e delle avole di ambedue le linee paterna e materna per il loro matrimonio. Sotto il nome di avi e di avole s'intendono anche i bisavoli e tutti gli altri ascendenti: [1] fra essi però il più prossimo esclude il remoto non solo nella propria linea ma anche in riguardo all'altra linea. [2]

Se l'avo e l'avola della medesima linea fossero discordi, basterebbe il consenso dell'avo, dandosi anche qui preferenza più che al sesso, alla preminenza del marito sulla moglie. Ma l'ava deve essere consultata siccome nel relativo caso la madre.

In fine se siavi disparere fra le due linee, questo equivarrà a consenso, essendo i matrimoni da favorire (art. 64).

---

[1] Anche qui, come in molti altri luoghi, il silenzio della legge resta giustificato dal notissimo principio che: *Lex statuit de eo quod plerumque fit*: ed è veramente rarissima l'ipotesi che esista un bisavolo e un pronipote in età da coniugarsi, il quale abbia bisogno del consenso di quello per morte o impossibilità d'ambedue i genitori, e degli avi e delle avole di ambedue le linee (Duranton, II, 98; Vazeille, I, 127; Demolombe, III, 48; Aubry e Rau, IV, § 462, pag. 66; Mourlon, I, 541, 542; Astengo, De Foresta, I, art. 64, 3; Bianchi, II, 87.

[2] Valette su Proudhon, I, pag. 397, nota *a*; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 250; Demante, I, 211 bis, 2; Aubry e Rau, loc. cit. testo e nota 30; *contro* Demolombe, III, 49; Mourlon, I, 545; Laurent, II, 317; Bianchi, II, 87. Nonostante la confutazione dall'illustre professore di Parma fatta all'opinione che ho creduto seguire, vi persisto. Perchè se è vero che ciascuna linea è egualmente interessata nella celebrazione del matrimonio di un discendente, non è men vero che il Legislatore non ha avuto riguardo a tale interesse; perocchè altrimenti, in mancanza del padre o della madre dello sposo, avrebbe dovuto chiamare a consentire al matrimonio di esso l'ascendente paterno o materno; e più ancora avrebbe dovuto dar prevalenza alla linea dissenziente piuttosto che alla consenziente; perchè alla lontana alla lontana, si tratterebbe nel primo caso *de damno vitando*, e nel secondo *de lucro captando*. Perciò tralasciato anche l'argomento di analogia che con altri avevo tratto dall'articolo 252, perchè fra la tutela e il matrimonio non v'ha parità, o perfetta analogia (sebbene potrei osservare che in quest'oggetto si tratta di autorità e perciò di materia non tanto discosta dalla tutela), ne dà argomento validissimo l'articolo 64.

Non importa che ciascuna linea abbia l'avo o l'avola, o l'uno o l'altra solamente, o che uno dei due sia nell'impossibilità di manifestare la propria volontà; cosicchè il consenso dell'avola materna prevarrà al dissenso non solo dell'avola, ma anche dell'avo paterno.[1]

Col consenso degli avi e degli altri ascendenti deve concorrere il consenso dell'adottante (art. e arg. *a majori*, art. 63 cong. coll'art. 64).[2]

Se vi fosse disaccordo, reputo che debba darsi la preferenza al parere prevalente degli ascendenti.

Se non esistono genitori, nè adottante,[3] nè avi, nè avole, o se niuno di essi è nella possibilità di manifestare la propria volontà, si richiede pel matrimonio de' minori degli anni ventuno il consenso del consiglio di famiglia (art. 65).

110. Pel matrimonio poi de' figli naturali riconosciuti e dichiarati, si richiede il consenso del padre, della madre e dell'adottante negli stessi termini, modi e condizioni che pei figli legittimi e legittimati (art. 66). Quindi per esempio, il figlio avrà bisogno del consenso de' genitori, sino a che non abbia compiuto gli anni venticinque,[4] e se i genitori sono discordi, basterà il consenso del padre.

Ove il riconoscimento fosse stato fatto da un solo dei genitori, questo solo ha il diritto di acconsentire al matrimonio del figlio.[5]

---

[1] Demolombe, III, 46.

[2] Astengo, De Foresta ecc. art. 65; Bianchi, II, 87. Nella prima edizione emisi l'avviso che l'adottante escludesse gli avi e gli altri ascendenti dal diritto di consentire nel matrimonio de' loro nipoti. Ma più maturo esame m'induce ad abbracciare la contraria dottrina professata dai sullodati giureconsulti e chiaramente dimostrata dall'ultimo.

[3] In questa ipotesi basta il solo adottante per escludere la necessità del consenso del consiglio di famiglia.

[4] La necessità del consenso pe' figli maschi sino all'età di 25 anni si è imposta dalla legge in considerazione dell'autorità dei genitori che si è voluta rialzare (vedi Proc. verb. cit. verb. 6). Questo favore si è comunicato alla tutela legale per il suo carattere che la ravvicina alquanto alla patria potestà.

[5] Merlin, Rép. v° Empechement de mariage, § 5, art. 2; Demolombe, III, 88; Aubry e Rau, IV, § 462, pag. 72; Bianchi, II, 88.

Se i genitori non fossero viventi e l'adottante mancasse, o niuno di essi fosse nella possibilità di consentire, si richiede il consenso del consiglio di tutela (art. 66).

In fine pel matrimonio de' figli naturali non riconosciuti, nè dichiarati, che non abbiano compiuto gli anni ventuno, si richiede il consenso de' loro genitori adottivi, e in loro mancanza, quello del consiglio di tutela (art. e arg. art. 63 e 65 cong. coll' art. 66 in fine). È indifferente che essi non sieno stati riconosciuti per propria incapacità, essendo adulterini o incestuosi, o per qualsiasi altra causa; come se i loro genitori fossero affatto ignoti o non potesse farsi l'indagine sulla paternità.

11. Il consenso di cui si è finora discorso, si richiede, sieno o no emancipate le persone che ne abbisognano, e trattisi di prime, di seconde o di ulteriori nozze. [1]

112. Il consenso deve essere esente dai vizi dell' errore, della violenza e del dolo, giusta i principii generali di diritto (art. 1108).

Quindi il consenso che un figlio avesse ottenuto dal padre, ingannandolo sulla persona, qualità e fortuna della sposa, potrebbe essere dichiarato invalido sulla dimanda del padre medesimo e per conseguenza farsi luogo all' annullamento del matrimonio per mancanza di consenso.

Il consenso degli ascendenti e dell' adottante può essere dato personalmente avanti l'uffiziale dello stato civile, o per atto autentico (art. 81).

Quest' atto deve contenere la precisa indicazione tanto dello sposo al quale si dà il consenso, quanto dell'altro. L'atto deve ancora esprimere il nome, il cognome, la professione, la residenza e il grado di parentela delle persone che dànno il consenso (art. cit.). Ove il consenso sia dato in modo generico, non sarà valido. Nè sarà valido, se nell'atto siasi lasciato il nome in bianco, riempito di poi dalla stessa persona che aveva bisogno di consenso. Tuttavia le circostanze di fatto potranno escludere questa

---

[1] Aubry e Rau, IV, § 462, pag. 63.

pretesa mancanza di consenso; come se, per esempio, venga constatato che il padre lontano abbia acconsentito al matrimonio di suo figlio con la sposa indicatagli, attese le sue qualità; e ne abbia lasciato in bianco il nome per timore di sbagliarlo, a motivo della calligrafia oscura e incerta della lettera contenente la richiesta del suo consenso.

Nulla poi impedisce che quegli il quale deve prestare il consenso, si faccia rappresentare da un mandatario munito di procura speciale ed autentica (arg. art. 354).[1]

Il consenso poi del consiglio di famiglia e di tutela deve essere dato mediante deliberazione, contenente le stesse indicazioni che l'atto autentico degli ascendenti o dell'adottante (art. 81).

Il consenso può essere prestato nel momento della celebrazione del matrimonio ed anche prima, mediante l'atto autentico anzidetto. Ma in questo secondo caso, è necessario che il consenso prestato perseveri fino al momento della celebrazione; talchè se la persona che l'aveva prestato, sia colpita dall'impossibilità di manifestare la propria volontà, prima che il matrimonio venga

---

[1] Il professor Bianchi (I, 81), censura anche questa mia decisione; o meglio mi attribuisce questa dottrina, cioè; che gli ascendenti e l'adottante possano delegare ad altri il potere di consentire al matrimonio de' loro discendenti o de'loro figli adottivi. Ma evidentemente io non ho insegnato ciò. Ho detto potersi dare da essi il consenso mediante un mandatario munito di procura *speciale* ed autentica. Chi consente adunque è sempre l'ascendente o l'adottante che dà il mandato, e consente nel tale matrimonio con la tale persona, perchè tanto importa il mandato speciale. Mira quindi il medesimo professore a combattere l'argomento che ho tratto dall'articolo 354, dimostrando patente l'inapplicabilità del medesimo al caso nostro. Ma di grazia, quale è la disposizione di detto articolo? eccola: « Le parti interessate, nei casi in cui non siano tenute a comparire personalmente, potranno farsi rappresentare da persona munita di procura speciale ed autentica. » Ora gli ascendenti e l'adottante sono tenuti a comparire personalmente? certo che no; poichè possono dare il loro consenso con un atto autentico (art. 81) e allora perchè non potrò valermi dell'art. 354? Tutto ciò è tanto semplice ed elementare che lo stesso egregio contraddittore l'ammette: gli è avvenuto, forse per troppo amor di critica, d'intendere le mie parole in un senso diverso da quello che hanno.

celebrato, il consenso si considera come non dato, ed il matrimonio non può celebrarsi, se non consenziente la persona chiamata dopo di quella; ben inteso ove in tale ipotesi ne sia in realtà necessario il consenso. Quindi se consentì il padre e non la madre, e quegli muoia; è necessario che consenta la madre; nè può certamente equipararsi al consenso il silenzio che questa mantenga. [1] Se in mancanza del padre consentì e poi morì la madre, è necessario il consenso dell'adottante, se vi fosse, e degli avi e dell'avolo, ove lo sposo o la sposa non abbia compiuto gli anni ventuno.

Nel medesimo caso il consenso può essere rivocato, sino a che il matrimonio non sia stato celebrato.

113. Sopravvenuta la morte, la impossibilità, o la rivocazione anzidette, il consenso manca, e a rigore il matrimonio contratto dopo il loro avvenimento, è nullo. Tuttavia, ove tali fatti fossero stati ignorati da ambedue gli sposi nel momento della celebrazione del matrimonio, è almeno benigna dottrina, che questo sia valido in omaggio alla buona fede e in ossequio alla compiuta osservanza della legge (arg. art. 1762). [2] Che anzi propenderei a non ammettere a sperimentare l'azione di nullità quello degli sposi che conscio di que' fatti li abbia tenuti nascosti all'altro, nè la persona il cui consenso era richiesto, ove non abbia fatto tutte le diligenze per farne avvertito lo sposo rimasto di buona fede. [3]

114. In generale niuna delle soprannominate persone, nei consigli di famiglia e di tutela sono obbligate a motivare il rifiuto del loro consenso.

---

[1] Demolombe, III, 58; Laurent, II, 321; Bianchi, II, 81.

[2] Demolombe, III, 58; Aubry e Rau, IV, § 462, pag. 67, testo e nota 39; Mourlon, I, 551, 2°; Bianchi, II, 81; *contro* Laurent, II, 321. Sembrami che questo distinto interprete nella presente quistione si attacchi con troppa passione al *summum ius*.

[3] Il professore Bianchi (II, 81) sebbene in modo dubitativo, decide in termini generali che se un solo degli sposi sia stato in buona fede si fa luogo all'azione di nullità del matrimonio.

Però se da una parte i figli, i nipoti, i tutelati debbono sottomettersi di buon grado alla volontà di coloro, sotto la cui potestà domestica o tutelare vivono, guidata, com'è da presumersi, dal desiderio del meglio di essi; dall'altra il principio di libertà, la sorte della vita dell'uomo e della donna, affidata al matrimonio più che ad altro, e l'abuso non impossibile dell'autorità, esigono che quelli non sieno lasciati senza protezione.[1] Quindi la legge accorda al figlio maggiore di età il diritto di far richiamo egli medesimo, come possessore della piena capacità giuridica, alla Corte di appello contro il rifiuto del consenso del padre e della madre (art. 67 princ.).[2] Nell'interesse della figlia o figlio minore la legge accorda lo stesso diritto ai parenti, agli affini di qualunque grado e al pubblico ministero, senza verun ordine di preferenza (art. 67, capov. 1°). Ma tal diritto non può essere esercitato dalla figlia o dal figlio, a cui è stato rifiutato il consenso; perocchè da una parte mancano di capacità giuridica, dall'altra non è conveniente che essi in persona insorgano contro le persone, sotto l'autorità delle quali si trovano. Del resto è indifferente che essi abbiano bisogno del consenso dei genitori o degli ascendenti, o dei consigli di famiglia o di tutela.

---

[1] Vedi la Relazione fatta a S. M. dal Ministro Guardasigilli Vacca nell'udienza del 25 giugno 1865.

[2] L'articolo 67 princ. nomina gli ascendenti; ma è patente l'inesattezza dell'espressione; perciocchè di fronte al padre e alla madre soltanto può essere maggiore il figlio cui sia necessario il consenso. Tale inesattezza dipende dalla modificazione fatta all'articolo 64 del progetto Pisanelli, secondo cui gli avi e le avole subentravano puramente e semplicemente nel luogo de' genitori (vedi Proc. verb. 6° VIII). Il signor Silva (Archivio giuridico, VI, 513) per dare un significato al citato articolo, in quanto nomina gli ascendenti, ha creduto che il legislatore abbia inteso di accordare al figlio maggiore di età il diritto di far richiamo contro il rifiuto del consenso di cui può aver bisogno la sua sposa, che sia minore di età. Ma è un'interpretazione inaccettabile, non avendo il fidanzato di lei qualità alcuna per insorgere contro i genitori, gli ascendenti, gli adottanti o i consigli di famiglia o di tutela, dai quali essa dipende in ordine al matrimonio; inoltre il testo non si presta in veruna guisa a tale interpretazione (consulta Fellei che confuta la suddetta interpretazione. Giornale delle Leggi, an. II, pag. 153 e seg.).

Il procedimento pel richiamo è questo: la causa si porta a udienza fissa, e la Corte provvede, sentite le parti e il pubblico ministero, a porte chiuse; non vi è ammesso l'intervento di procuratori nè di altri difensori, e il provvedimento di essa o rigetti il richiamo, o autorizzi che si proceda alla celebrazione del matrimonio, non ostante il rifiuto del consenso di chi avrebbe dovuto prestarlo, non deve contenere motivi, ma può farvisi menzione del consenso che dalla competente persona fosse dato davanti alla Corte stessa (art. 67, capov. 2, 3, 4).

Il richiamo è accordato limitatamente contro il rifiuto del consenso. Ove perciò il consenso fosse stato prestato dalla persona cui ne spetta il diritto, niuno può ricorrere contro la prestazione del medesimo: lo sposo solo che ne avrebbe avuto bisogno, può, rifiutandosi di procedere alla celebrazione del matrimonio, mandarlo a vuoto.

115. I figli che avessero superato gli anni venticinque o ventuno secondo il sesso e i casi, possono procedere alla celebrazione del matrimonio non solo senza il consenso, ma anche senza il consiglio delle persone, sotto la cui autorità o tutela vivono, e senza formalità di atti rispettosi o altri simili.[1]

---

[1] Il Ministro Guardasigilli Vacca fece il quesito alla Commissione di coordinazione, se fosse utile stabilire l'istituzione degli atti rispettosi. La Commissione si pronunciò per la negativa, perchè l'esperienza ne' paesi ove sono prescritti ha dimostrato che gli atti rispettosi, lungi dal produrre buon effetto, inaspriscono maggiormente gli animi ed allontanano i figli dal rispetto verso i genitori, e questi dall'affetto verso di quelli, e perpetuano le scissure di famiglia: sembrando molto più conveniente che questi dissensi siano oggetto di trattative private od amichevoli per mezzo di parenti e di amici, anzichè di atti significati per mezzo di usciere: nè essendo serio il timore che senza questi atti possa avvenire che il matrimonio de'figli segua a totale insaputa de'genitori, quando la legge prescrive che sia preceduto dalle pubblicazioni e da non poche altre formalità.

§ II.

DEGLI IMPEDIMENTI DEL MATRIMONIO

SOMMARIO

116. Passando ora agl'impedimenti del matrimonio, essi sogliensi distinguere in dirimenti e proibitivi; secondo che sono ad un tempo e ostacolo alla celebrazione del matrimonio e causa della sua nullità, o solamente ostacolo alla celebrazione di esso.

Gl'impedimenti dirimenti si distinguono in assoluti e relativi; secondo che sono causa di nullità assoluta o relativa del matrimonio.

Gl'impedimenti dirimenti assoluti sono tre: cioè,

1° Il vincolo di un precedente matrimonio;
2° Il vincolo di parentela e di affinità;
3° Il crimine.

117. Il vincolo di un precedente matrimonio costituisce un impedimento dirimente assoluto del matrimonio; perciocchè nulla di più contrario all'ordine della famiglia, al buon costume e alla natura stessa del cuore umano, che la pluralità delle mogli, e peggio ancora de' mariti avuto riguardo alla riproduzione della specie (art. 56).

Il vincolo di un precedente matrimonio allora soltanto costituisce impedimento dirimente assoluto, quando è valido (arg. art. 113). Ma se il precedente matrimonio fosse impugnato col-

l'azione di nullità, non può procedersi alla celebrazione del futuro, fino a che l'autorità giudiziaria non abbia sentenziato sopra quell'azione; imperocchè nella eventualità che il matrimonio impugnato possa essere dichiarato valido, anzichè nullo, è ragionevole e conveniente che non sia concessa facoltà a quelli che lo contrassero, di celebrarne un secondo (arg. art. 56 cong. all'art. 113; arg. art. 61 e 62 capov.; art. 79, capov. 2° cong. coll'art. 124 capov.).[1] Tal divieto però costituisce un semplice impedimento proibitivo; perciò il novello matrimonio sarà stato contratto validamente e rimarrà valido; ove il precedente venga in effetto dichiarato nullo. Del resto è affatto indifferente, se il precedente matrimonio fu contratto sotto la legislazione abrogata in una forma non più riconosciuta dal diritto attuale: basta che esso fosse valido giusta le leggi passate; così, esempligrazia, un matrimonio *di coscienza*, che fu contratto validamente, costituisce un impedimento dirimente assoluto come un matrimonio civile celebrato con le formalità prescritte dal diritto patrio.[2]

118. Altro impedimento dirimente assoluto del matrimonio è la parentela e l'affinità.

Anche questo impedimento rimane giustificato da parecchie considerazioni; imperocchè in ordine ai parenti (non fermando neppure il pensiero sull'unione fra ascendenti e discendenti, che fa orrore) innanzi tutto è di supremo interesse morale e giuridico che col divieto del matrimonio sia prevenuto e spento ogni incentivo a desiderii ed atti colpevoli fra persone viventi nella più stretta intimità e con la più grande libertà sotto il medesimo tetto. Secondariamente la destinazione socievole dell'uomo richiede che semprepiù si allarghino e intreccino le sue relazioni d'interesse e di affetto. In fine ne resta prevenuta e impedita la degradazione fisica delle generazioni.

La prima e, sino ad un certo punto, la seconda ragione sono applicabili, sebbene con minor valore, agli affini e alle persone divenute civilmente parenti per l'adozione.

---

[1] Maleville, art. 147; Delvincourt, art. 189; Aubry e Rau, IV, 51, nota 4, 73; Bianchi, II, 51.

[2] Catanzaro, 31 dec. 1866, A. I, II, 165.

La parentela legittima forma impedimento del matrimonio in linea retta fra tutti gli ascendenti e discendenti, e in linea collaterale fra le sorelle e i fratelli, siano germani, siano consanguinei o uterini, e fra il zio e la nipote, e la zia e il nipote (art. 58 e 59). Sotto il nome di zio e di nipote vengono compresi il prozio e la pronipote e così innanzi. [1]

La parentela naturale poi costituisce impedimento del matrimonio in linea retta fra tutti gli ascendenti e discendenti, siano questi legittimi o naturali, e in linea collaterale tra fratelli e sorelle (art. 58 e 59); senza distinguere se gli uni e le altre siano naturali, o i primi naturali e le seconde legittime e viceversa. Ma non fa impedimento al matrimonio degli zii colle nipoti, e delle zie coi nipoti (arg. art. 59). [2]

La parentela naturale costituisce impedimento al matrimonio, tanto se sia semplicemente tale, quanto se sia adulterina e incestuosa. Nè si richiede che la prima sia riconosciuta o dichiarata, e che la seconda e la terza risultino per uno degli atti indicati dall' articolo 193. Basta che in qualsiasi modo tali parentele constino di fatto ; imperocchè tanto basta a rendere immorale, scandaloso e contrario all' ordine della famiglia il connubio del padre colla figlia, della madre col figlio, del fratello colla sorella, quantunque nati da adulterio e da incesto. Quanto ai mezzi di prova di tali parentele, ove non risultino legalmente, è lasciato all'arbitrio dell'autorità giudiziaria di ammettere o rifiutare quelli, di cui le parti intendono valersi. [3]

In fine la parentela civile, o derivante dall'adozione, impedisce il matrimonio fra l'adottante e l'adottato e i suoi discendenti ; tra i figli adottivi della stessa persona ; fra l' adottato e i figli sopravvenuti all' adottante ; tra l' adottante e il coniuge

---

[1] Processo verb. 6, II; Astengo, De Foresta ec. art. 59, § IV; Bianchi, II, 54.

[2] Toullier, I, 538 ; Merlin, Rèpert. v° Empêchement de mariage, § 4, art. 1, n. 3; Duranton, II, 172; Marcadé, art. 163, n. 2 ; Demolombe, III, 106; Aubry e Rau, IV, § 461, pag. 51 e seg.

[3] Consulta Marcadé, art. 161 ; Demolombe, I, 107; Mourlon, I, 527 ; Bianchi, II, 55 e 57.

dell' adottato e viceversa (art. 60). Per figli sopravvenuti all' adottante s' intendono i legittimi e i legittimati, ma non i naturali, quand' anche riconosciuti o dichiarati tali. [1]

Anche la parentela civile continua a formare impedimento al matrimonio, non ostante che i figli adottivi non sieno più in veruna dipendenza dell' adottante; perciocchè il motivo della legge sussiste sempre, e la sua proibizione è assoluta e generale. [2]

Da ultimo l' affinità forma impedimento al matrimonio in linea retta nel modo stesso che la parentela; e in linea collaterale nel secondo grado solamente; cioè fra cognati e cognate (art. 58 e 59).

L' affinità produce impedimento al matrimonio tra il coniuge superstite e i parenti non solamente legittimi, ma eziandio naturali, adulterini e incestuosi del predefunto; così, esempligrazia, la vedova non può congiungersi in matrimonio col figlio naturale del suo defunto marito.

Costituisce impedimento al matrimonio la sola affinità legale, che deriva cioè da un matrimonio valido, e non la meramente naturale, risultante dal concubinato [3] o anche da un matrimonio putativo. [4]

Del resto è indifferente che allo scioglimento del matrimonio per morte di uno de' coniugi sopravviva o no la prole che può esserne nata (arg. art. 52 capov. ult.).

Oltre le persone nominate, non avvene altra che per parentela legittima, naturale, civile, o per affinità sia impedita di contrarre matrimonio; imperocchè, trattandosi di disposizioni legislative che apportano restrizioni alla libertà individuale, sono essenzialmente limitative. Quindi, esempligrazia, fra i cugini il matrimonio non è impedito; nè è impedito fra la persona adottata e gli ascendenti dell' adottante.

---

[1] Processo verb. 6, II; Bianchi, II, 63.

[2] Processo verb. loc. cit.

[3] Demolombe, III, 112; Astengo, De Foresta ec. art. 58, III, e art. 59, III; Bianchi, II, 58.

[4] Bianchi, II, 59.

119. In terzo luogo la reità e la complicità di omicidio volontario commesso, mancato o tentato sulla persona di uno dei coniugi costituiscono impedimento dirimente assoluto al matrimonio fra l'altro coniuge e il reo o il complice; ove risultino da giudizio criminale (art. 62).

Mercè questo impedimento si è inteso di prevenire tali reati, a cui altrimenti una persona, presa da violenta passione verso uno de' coniugi, potrebbe essere spinta, nella speranza di contrarre con esso matrimonio, spento l'altro coniuge. E dopo ciò, esso mira ad impedire il ributtante e immorale spettacolo che il coniuge superstite stringa l'intimo e indissolubile vincolo del matrimonio col reo o il complice dell'omicidio tentato, mancato o commesso sulla persona del precedente suo consorte.

Tali reati costituiscono impedimento al matrimonio sotto queste due condizioni, cioè:

1° Che siano stati commessi o tentati volontariamente (art. 62). Perciò non v'ha impedimento al matrimonio, ove la morte di uno dei coniugi, sebbene avvenuta per fatto della persona che vorrebbe congiungersi in matrimonio coll'altro, non le sia imputabile; perchè, esempligrazia, cagionatagli per legittima difesa; o siale imputabile solamente a colpa e non a dolo; imperocchè in tali casi il matrimonio contratto dal coniuge superstite coll'autore dell'omicidio dell'altro non offende la pubblica moralità; anzi può essere perfettamente coonestato da speciali circostanze; come se, per esempio, il defunto abbia lasciato moglie giovine e figli senza sostanze, e l'autore della sua morte voglia assumere mediante matrimonio la cura della famiglia da lui lasciata. Ma ove l'omicidio sia stato commesso o tentato volontariamente, non si richiede punto che esso sia stato diretto a rendere possibile il matrimonio; perchè, tralasciato che sarebbe difficile e quasi impossibile di farne la prova, la coscienza pubblica non ne rimane meno offesa. [1] Non si richiede neppure che il coniuge superstite abbia avuto rapporti adulteri coll'autore dell'omicidio commesso, mancato o tentato. Resta

---

[1] Processo verbale 6; Bianchi, II, 66.

a notare, quanto alla complicità, essere affatto indifferente che l'autore principale sia l'un de' coniugi o una terza persona estranea;

2° Che la reità o la complicità dell'omicidio volontario commesso, mancato o tentato risulti da un giudizio criminale (art. 62). Non basta dunque il solo fatto del reato; e invano si pretenderebbe di farne la prova in giudizio civile. [1] Ove per altro sia stata pronunziata la sentenza di accusa o ordinata la cattura del reo o del complice degli anzidetti reati, la legge prescrive che si sospenda il matrimonio sino a che il giudizio sia terminato (art. 62). Se, non ostante questo divieto, il matrimonio avesse luogo, esso sarà valido o nullo; secondo che contro l'imputato sarà pronunziata sentenza di assoluzione o di condanna. [2]

---

[1] Frustra probatur, quod probatum non relevat.

[2] Parrebbe a primo avviso che il matrimonio dovesse dichiararsi valido anche nella seconda ipotesi. In vero, potrebbe ragionarsi: la legge nel detto capoverso stabilisce un semplice impedimento impediente; ma è della natura degl'impedimenti impedienti di fare ostacolo a che si proceda alla celebrazione del matrimonio, e non mai di rendere questo invalido, ove in onta all'impedimento medesimo sia stato celebrato. Secondariamente il matrimonio o è valido o è nullo sin dal principio: nè può esser valido fino al giorno in cui venga pronunziata la sentenza, e in seguito nullo. Che se si voglia ritenere nullo il matrimonio fin dal principio, allora il divieto del citato capoverso deve ostare alla validità del matrimonio non nel solo caso di condanna, ma eziandio in quello di assoluzione; giacchè allora la causa di nullità starebbe nel divieto medesimo. Tuttavia reputo che il matrimonio nella suddetta ipotesi possa esser dichiarato nullo (consulta in questo senso il chiarissimo professore Bianchi, Corso elementare di Diritto civile, II, 66). Innanzi tutto il citato capoverso stabilisce un vero, puro e semplice impedimento impediente? Guardandolo nella superficie, parrebbe che la risposta esser dovesse affermativa; avendo per effetto di sospendere solamente la celebrazione del matrimonio. Ma di sotto a questo divieto, se posso così esprimermi, evvi o almeno può esservi un impedimento dirimente assoluto. Tal divieto adunque non può, esempligrazia, equipararsi all'impedimento impediente del lutto vedovile; nè a quello della mancanza di pubblicazioni. Se vuol farsi un'assimilazione, l'anzidetto divieto deve pareggiarsi ad una delle opposizioni al matrimonio che sia fondata sopra l'esistenza reale o pretesa di un impedimento dirimente: esso divieto può dirsi, sia una specie di opposizione

120. Gl'impedimenti dirimenti relativi del matrimonio poi sono due, cioè:

1° La interdizione;

2° L'impotenza manifesta, perpetua e anteriore al matrimonio, della quale sia affetto uno dei coniugi.

L'interdizione giudiziaria (che si pronunzia sempre per infermità di mente) forma per se stessa impedimento al matrimonio, indipendentemente dallo stato di mente dell'interdetto nel momento in cui celebrò le nozze; perciocchè l'incapacità di contrarre matrimonio è prodotta dalla sentenza d'interdizione, il cui effetto è continuo; cosicchè l'impedimento sussiste anche nei lucidi intervalli, anzi anche dopo cessata stabilmente la causa dell'inter-

---

atta dalla legge al matrimonio del coniuge superstite coll'imputato dell'anzidetto reato o complicità. L'opposizione al matrimonio per se medesima costituisce un impedimento impediente; non perciò sarà valido il matrimonio celebrato in onta alla medesima, se venga dichiarato esistere realmente l'impedimento dirimente, in base al quale veniva fatta opposizione. La validità o nullità del matrimonio sarà sempre subordinata all'assenza o all'esistenza dell'impedimento. Del pari nell'ipotesi nostra la nullità del matrimonio deve derivarsi non dall'inosservanza del divieto del capoverso citato, ma dalla esistenza dell'impedimento *criminis*, che è dirimente. Se venga pronunziata la sentenza di condanna contro il nuovo coniuge imputato del sopraddetto reato o complicità, viene semplicemente dichiarato che l'impedimento *criminis* sussisteva nel tempo in cui il matrimonio fu celebrato. Ma giunti a questo punto, ci troviamo di fronte a serie difficoltà. Imperocchè deriverebbe dall'anzidetto principio che anco il matrimonio celebrato prima che sia pronunziata la sentenza di accusa o ordinata la cattura, dovesse venir dichiarato nullo; mentre l'articolo 62 nella sua prima parte esige che la data persona sia in giudizio criminale convinta rea o complice de' suddetti reati. Quella deduzione sarebbe a rigore perfettamente logica e necessaria. Ma il legislatore non può non aver considerato che, quando niun atto annunci alla società la reità o la complicità di quella persona, la celebrazione del matrimonio non può offendere la pubblica morale e la pubblica decenza; non può non aver tenuto conto della buona fede dell'altro coniuge, e al postutto della fiducia di ambedue i coniugi, che ignorato per sempre sarebbe rimasto il reato o la complicità. Mentre al contrario pronunziata la sentenza di accusa, o ordinata la cattura, il reato o la complicità di uno degli sposi ha incominciato ad avere, almeno un'apparenza di esistenza, che non può non riconoscersi sufficiente a rendere la celebrazione del matrimonio indecente e offensiva della pubblica morale. Al

dizione, ossia l'infermità mentale: esso vien meno allora solo che l'interdizione medesima sia rivocata (art. 61 e 338). Mediante ciò, è prevenuto l'abuso che alcuno potrebbe fare dello stato dell'interdetto, sorprendendolo in un lucido intervallo, e facendogli allora compiere l'atto importantissimo del matrimonio che forse con sanissimo e maturo consiglio non avrebbe compiuto.

Se l'istanza d'interdizione sia stata soltanto promossa, deve sospendersi la celebrazione del matrimonio, finchè l'autorità giudiziaria non abbia definitivamente pronunziato; evitandosi in tal guisa che il matrimonio celebrato possa venire annullato per effetto della sentenza che in questo caso retroagisce (art. 61 e 112), o possa essere anco dichiarato inesistente per assoluta mancanza

---

postutto adunque si potrebbe fare qualche osservazione critica contro la legge che non ha dato alla sentenza di condanna un effetto retroattivo assoluto, ossia sino al giorno in cui il reato o la complicità si consumava, piuttosto che limitarlo, siccome ha fatto, al giorno in cui fu pronunziata la sentenza di accusa o ordinata la cattura. In appoggio della decisione che credo di adottare, può osservarsi eziandio che, ove il matrimonio celebrato in onta alla disposizione del capoverso citato, fosse valido; essa disposizione non avrebbe una sufficiente sanzione nella multa o nel carcere inflitti dagli articoli 124 e seg.; perchè resterebbe sempre fermo; essersi contratto matrimonio fra persone, fra le quali in realtà sussisteva un impedimento dirimente, del quale restava a farsi solamente la dichiarazione giuridica, mediante la sentenza di condanna. È patente inoltre che la legge medesima avrebbe offerto il modo di rimanere elusa e frodata; perchè appunto sotto la minaccia di un'imminente condanna avrebbe dato al coniuge superstite, e all'imputato l'impulso di affrettare la celebrazione del matrimonio per isfuggire agli effetti della sentenza di condanna che avrebbe dichiarato l'esistenza dell'impedimento dirimente assoluto. Maggior valore, e secondo che io reputo del tutto decisivo, ha in questo caso l'argomento di analogia desunto dall'articolo 61 capoverso. Quivi è identicamente disposto. « Se l'istanza d'interdizione è soltanto promossa, si sospenderà la celebrazione del matrimonio finchè l'autorità giudiziaria non abbia definitivamente pronunziato ». Ora, giusta la disposizione dell'articolo 112, il matrimonio celebrato in pendenza del giudizio d'interdizione sarà annullabile, se la infermità per cui la interdizione viene poscia pronunziata, risulta esistente al tempo del matrimonio. E si noti che l'interdizione ha effetto per disposizione generale dal giorno della sentenza (articolo 328).

di consenso, dipendente dalla infermità, per la quale viene pronunziata la interdizione.

Se non ostante la pendenza dell'istanza d'interdizione, quegli sul cui capo pende il relativo giudizio, contragga matrimonio, questo sarà valido, se l'interdizione non sarà pronunziata; sarà invece annullabile, se l'interdizione sarà pronunziata e se la infermità per cui essa interdizione fu pronunziata risulta esistente al tempo del matrimonio (art. 61 e 112). In ogni altro caso d'infermità mentale senza interdizione, la validità o inesistenza del matrimonio rimane subordinata alla validità o alla mancanza del consenso per causa della infermità medesima.

L'inabilitazione, quand'anche procedente da infermità di mente, o da sordomutismo o cecità innati, non costituisce impedimento del matrimonio. Perciò, fra le altre cose, non priva l'inabilitato del diritto di far rimuovere l'opposizione, diritto che è un mezzo al matrimonio; [1] nè sottrae i beni di lui all'ipoteca legale per la dote della moglie, che è una conseguenza indivisibile del matrimonio. [2] Ma quanto alle convenzioni matrimoniali, la capacità dell'inabilitato rimane subordinata alle disposizioni degli articoli 339 e 387.

121. In secondo luogo costituisce impedimento dirimente relativo al matrimonio l'impotenza manifesta e perpetua di uno dei coniugi, quando sia anteriore al matrimonio (art. 107).

L'impotenza è manifesta, quando apparisca dallo stato esteriore della persona, come nel caso di mutilazione o di viziosa conformazione degli organi della generazione. Non basta quindi a rendere invalido il matrimonio la impotenza latente che dipenda da debolezza o frigidità della costituzione di uno de' coniugi, rimanendo così preclusa la via a ricerche che offendano il buon costume e al pericolo di giudizi facilmente fallaci.

È poi perpetua l'impotenza allora che non possa esser vinta nè dalla natura, nè dall'arte. Nulla rileva del resto che la impotenza sia naturale o accidentale. [3]

---

[1] Demolombe, III, 22.

[2] Demolombe, loc. cit.

[3] Merlin, Rép. v° Impuissance, n. 2, e v° Mariage, Quest. I, art. 181.

Ma, come si diceva, non basta che l'impotenza sia manifesta e perpetua; si richiede inoltre che essa sia anteriore al matrimonio, e precisamente che esistesse nel momento in cui ne ebbe luogo la celebrazione. Ove adunque l'impotenza, per quanto manifesta e perpetua, sopravvenga, il matrimonio continuerà a sussistere; quand' anche per caso strano non avesse avuto luogo veruna visita coniugale. Tuttavia, ove risulti che la causa dell'impotenza esisteva nel giorno della celebrazione del matrimonio; come se, esempligrazia, lo sposo era affetto negli organi genitali da tale malattia che ne rese in appresso necessaria l'amputazione, sembra che possa considerarsi per benigna interpretazione, che la impotenza preesistesse al matrimonio.

La prova dell'impotenza deve farsi, giusta i principî di diritto, dall' attore, ossia dal coniuge dell' impotente, che promuove la dimanda di nullità. La prova deve stabilire non solamente la impotenza perpetua e manifesta, ma che questa esisteva nel giorno in cui fu celebrato il matrimonio. Quanto ai mezzi di prova della impotenza, la legge, nulla prescrivendo in proposito, lascia all' autorità giudiziaria il prudente arbitrio di decidere, quali ne' singoli casi siano o no ammissibili.

122. Oltre gl'impedimenti dirimenti sinora ricordati, non avvene altro; in ispecie gli ordini sacri, per legge civile, non sono d'impedimento al matrimonio.[1]

123. Gl'impedimenti proibitivi sono tre; cioè il lutto vedovile,[2] la mancanza di pubblicazione, e l'opposizione fatta alla celebrazione del matrimonio.

---

[1] Reputo che, riconosciuto non esistere per legge civile se non cittadini, la validità del matrimonio civile di chi abbia emessi voti solenni, sia un soggetto incontrovertibile. Esso non sarà nullo, che quando la legge civile lo dichiarerà tale; ma tale dichiarazione è impossibile col rispetto al diritto pubblico; e specialmente col rispetto alla libertà di coscienza e di culto. Questa decisione inoltre diviene sempre più legittima, quanto più lo Stato si separa dalla Chiesa (vedi in questo senso Genova, 16 lug. 1866; Napoli, 22 feb. 1869; Cagliari, 15 mag. 1869; A. I, II, 6; III, II, 17; IV, II, 144; *contro* Trani, 24 lug. 1867, A. III, II, 106).

[2] Questa espressione non è esattissima, non potendo riferirsi eziandio al

In primo luogo non può contrarre matrimonio la donna, se non decorsi dieci mesi dallo scioglimento del matrimonio precedente; acciò non divenga incerta la prole che potrebbe aver già concepito nel tempo innanzi (art. 57).

La medesima disposizione è applicabile per identità di ragione al caso di annullamento del matrimonio (art. 57).

Questo impedimento non ha luogo, venendone a mancare la ragione, ne' seguenti casi, cioè:

1º Quando il matrimonio venga annullato per impotenza manifesta e perpetua del marito; perchè in tal caso egli non può essere il padre del figlio concepito dalla donna che aveva condotto in moglie (art. 57 cong. coll' art. 107);

2º Quando dopo lo scioglimento o l'annullamento del matrimonio la donna abbia partorito in qualunque giorno de' dieci mesi: subito dopo partorito, esso può contrarre un altro matrimonio (art. 57 capov.).

In secondo luogo non può procedersi alla celebrazione del matrimonio, se non premesse le pubblicazioni, o ottenutane la regolare dispensa (arg. art. 70 e 123).

In terzo ed ultimo luogo non può procedersi alla celebrazione del matrimonio, quando vi sia stata fatta legittima opposizione (art. 90 e art. 124).

Non v'ha rigorosamente altro impedimento impediente, non potendo considerarsi tali le cause sospensive stabilite dagli articoli 61 e 62 ne' loro rispettivi capoversi.[1] Nemmeno gli sponsali, per diritto patrio, formano impedimento impediente del matrimonio.[2]

Gl' impedimenti impedienti ostano che si proceda alla celebrazione del matrimonio, ma per se medesimi non lo rendono

caso di annullamento di matrimonio. Tuttavia l' adopero per indicare con una sola espressione tale impedimento; d' altra parte annullato il matrimonio, la donna trovasi in uno stato non dissimile tanto da quello del lutto vedovile.

[1] Vedi sopra n. 120 e 121.

[2] Cagliari, 31 mar. 1869, A. III, II, 82.

nullo, ove venga celebrato.[1] La violazione de' medesimi però, espone ne' congrui casi l'ufficiale dello stato civile e gli sposi a pagare multe, a subire il carcere e a perdere dei diritti (art. 123 e seg.).

124. Tra gl'impedimenti dirimenti ve ne sono alcuni, dei quali il Re può dispensare, e sono quelli della parentela e dell'affinità in certi limiti e dell'età legale.

Il Re può dispensare dal loro impedimento il zio e la nipote e la zia ed il nipote e gli affini di secondo grado, cioè i cognati (art. 68 cong. coll'art. 59, 2 e 3). La dispensa non deve essere accordata, se non quando concorrano gravi motivi; quale sarebbe, per esempio, il caso di convivenza raccomandata da motivi di reciproca assistenza (come se la nipote fosse orfana e venisse raccolta dal zio) o dall'interesse della prole (come se si trattasse di dare ai figli orfani una matrigna nella loro zia); quale sarebbe pure il caso in cui si avesse a riparare l'onore di una nipote, di una zia o di una cognata. È però da desiderare che questo motivo non sia ammesso che in circostanze eccezionali, quando cioè la donna non sia stata che una vittima della seduzione o della brutalità da parte del zio, del nipote, del cognato; altrimenti si correrebbe il rischio di rendere possibili quegl'immorali e pericolosi commerci, che si ebbe in mira di prevenire nello stabilire l'impedimento di affinità e di parentela.

Il Re può anche dispensare dall'impedimento dell'età, e più precisamente di quattro anni l'uomo e di tre anni la donna; ammettendo al matrimonio l'uomo che ha compiti gli anni quattordici, e la donna che ha compiti gli anni dodici (art. 68 capov.). Anche per tale dispensa debbono concorrere gravi motivi, ma meno gravi e più facilmente ammissibili che nelle dispense anteriori, specialmente nelle province meridionali, ove la pubertà è più precoce che nelle medie e settentrionali.

---

[1] Consulta la importante sentenza della Corte di Perugia, 15 lug. 1867; A. II, II, 215.

La valutazione della gravità dei motivi addotti per ottenere la dispensa è rimessa alla saviezza del potere esecutivo; questo però, giusta le disposizioni del regolamento per gli atti dello stato civile deve sentire il parere del procuratore generale presso la Corte d'appello, nella cui giurisdizione i richiedenti o uno di essi ha la sua residenza. [1]

---

[1] Processo verb. 5°, IX. Credo opportuno riportare per intero la Circolare che a questo proposito dirigeva il Ministro guardasigilli Borgatti ai procuratori del Re presso i tribunali civili e correzionali in data del 27 agosto 1865.

« Le dispense civili da impedimenti di parentela e di età i quali si oppongono al contratto del matrimonio costituiscono un argomento che richiama tutto l'interesse e la sollecitudine del Governo. La legge vuole che tali dispense si concedano unicamente per gravi motivi. Se il numero e la varietà de' medesimi possono in massima consigliare di rilasciarne la prudente valutazione ed il giudizio ai magistrati incaricati della istruzione preparatoria di tali affari, non per questo vien meno il bisogno di avere delle norme direttive, le quali servano di guida nella trattazione e risoluzione degli affari medesimi.

« Questo bisogno, che fu pure sentito quando la materia era regolata da leggi diverse, e prima che fosse introdotta tra noi l'istituzione del matrimonio civile (vedasi la Circolare 5 aprile 1864, n. 671), è reso maggiore oggi da considerazioni che si riferiscono alle conseguenze dello stato di transazione da una ad altra legislazione.

« Se prima d'ora infatti si credette conveniente di facilitare tali concessioni, ciò non avvenne senza gravi motivi. Prima di tutto la facilità con la quale la Dateria Romana, sotto l'impero del diritto canonico, dispensava da quegli impedimenti, il che poteva consigliare lo Stato a non essere più severo di quello che la Chiesa non fosse. Poi la convenienza politica di agevolare l'attuazione del matrimonio civile eliminando qualunque ostacolo che avesse potuto frapporsi alla piena accoglienza di questa importantissima istituzione. Finalmente lo spirito delle nuove leggi entrate in vigore nel Regno nel 1° gennaio 1866, per le quali la condizione de' figli illegittimi veniva ad essere maggiormente protetta.

« Queste ragioni, che hanno senza alcun dubbio il loro valore, non credo però possano prevalere ad altre considerazioni di un ordine più elevato, le quali si sostanziano nella tutela del buon costume, nei riguardi dovuti all'igiene e alla pubblica moralità, e nell'obbligo che ha lo Stato di mantenere rispettata ed autorevole la gerarchia della famiglia, curando, per quanto sta in lui, che la vita domestica rimanga incontaminata negli affetti ed illesa nelle sue più sacre prerogative. E questa mia fede si conferma riflettendo come tutto quello

125. Non potendo nessuno ne' paesi liberi stare sopra o fuori della legge, anche il Re e la famiglia reale sono, in generale soggetti alle disposizioni di legge finora esaminate. Però, attesa la loro condizione del tutto speciale, sono dispensati per legge stessa dagl' impedimenti, di cui può dispensare il Re (art. 69 congiunto agli articoli 55 e 59 2° e 3°) e dalle pubblicazioni (art. 92).

---

che poteva farsi onde rendere agevole l'accettazione del matrimonio civile si dimostri oggimai inopportuno, essendo ognuno di noi spettatore soddisfatto e lieto del modo con cui questo istituto, che segna un notabilissimo progresso nella civiltà, sia già entrato nei costumi e nelle abitudini della nazione.

« Ciò premesso possono tracciarsi i criteri, secondo i quali devono determinarsi le proposte e le concessioni delle dispense civili.

« Quanto agl'impedimenti di parentela è prima d'ogni altra cosa a notarsi come la remozione del pubblico scandalo a cui dia luogo l'illecita convivenza di consanguinei ed affini non possa considerarsi come ragione sufficiente a proporre e a concedere la dispensa, sia perchè il costume pubblico rimarrebbe offeso dalla serbata facile speranza di riparare ai trascorsi, sia ancora perchè la regolare costituzione della famiglia sarebbe compromessa per la moltiplicità di unioni contrarie ai vincoli naturali, e sia finalmente perchè si cadrebbe nell'assurdo di ritenere la violazione della legge come un congruo motivo per declinarne l'osservanza. Le circostanze che in questa parte potrebbero essere considerate come più gravi ed apprezzabili sarebbero, ad esempio, l'interesse de' figli di minore età bisognosi di protezione e di assistenza, il procacciare uno stato od i mezzi di fortuna ad uno dei coniugi, il troncare o il prevenire un litigio od una divisione dannosa, la facilitazione di famigliari accomodamenti, la legittimazione infine della prole naturale, quando però rimanesse escluso ogni sospetto di precedenti relazioni adulterine. Per ciò poi che riguarda i matrimonii fra zii e nipoti e prozii e pronipoti, le cause impellenti alla dispensa dovranno essere sempre speciali e gravissime, escludenti qualunque pressione od abuso di autorità, non avversate da effetto morale che il matrimonio da contrarsi possa aver fatto sullo spirito della popolazione del paese, e quasi mai secondabili nel caso di relazioni incestuose o di grave disuguaglianza di età.

« Quanto finalmente agl'impedimenti di età, dovrà aversi cura di evitare unioni sproporzionate, e specialmente quelle non guarentite da sufficiente sviluppo fisico o morale de' coniugi, onde assicurare la forza e la prosperità della popolazione, la esistenza e la direzione morale della famiglia.

« Su questo per altro non può darsi una regola sicura ed uniforme, dipendendo tutto dall'apprezzamento di circostanze particolari di fatto, che si

Pel matrimonio del Re poi non occorre mai il consenso de'suoi genitori o de' suoi ascendenti e meno ancora del consiglio di reggenza (arg. art. 91 cong. all' art. 82). [1]

Pe'principi e per le principesse reali poi è richiesto l'assenso del Re, senza diritto di richiamo contro il suo rifiuto (art. 69).

L'assenso del Re è necessario e basta, qualunque sia il vincolo di parentela che lo lega al principe o alla principessa, cioè tanto se sia genitore o ascendente, quanto se sia collaterale e di grado discendente, e del principe o della principessa sussista o no il genitore, o altro ascendente prossimiore del Re; perciocchè questi per la eminenza della sua dignità è il capo della famiglia reale.

CAPO II

DELLE FORMALITÀ PRELIMINARI DEL MATRIMONIO

SOMMARIO

126. Transizione alle formalità preliminari del matrimonio.
127. Pubblicazioni. Che debba contenere l'atto di pubblicazione. Quante pubblicazioni si debbano fare. Da chi e in qual modo debba farsi la richiesta delle pubblicazioni. Da chi e sotto quali condizioni debbano farsi le pubblicazioni.

---

appalesano nei singoli casi, e possono aver relazione alle abitudini, ai costumi, al clima e alle condizioni fisiche degli abitanti delle varie province del Regno.

« Tali sono a mio credere le considerazioni che debbono servir di norma nella trattazione e risoluzione degli affari di questo genere, ed io mentre faccio assegnamento sullo zelo delle SS. LL. sarò ben lieto se in materia di tanta importanza vorranno adoperare ogni studio e sollecitudine, onde il Governo possa più agevolmente raggiungere il nobilissimo fine cui intende, quello cioè di tutelare l'osservanza della legge, promuovere il rispetto alla pubblica morale, ed assicurare alla società l'azione benefica delle sue importanti e vitali istituzioni. »

[1] Sembra a primo avviso che l'art. 69 suggerisca una decisione affatto opposta; perciocchè col dichiarare inapplicabile al Re la disposizione dell'art. 67, che dà il rimedio contro il rifiuto del consenso, parrebbe che ne avesse bisogno. Ma cosa singolare! il Re si troverebbe in peggiore condizione dell'ultimo cittadino contro il rifiuto del consenso dei genitori o degli ascendenti, mentre al contrario appare dalle stesse disposizioni eccezionali che si è voluto rendere più libero il matrimonio del Re. D'altra parte come conciliare la necessità del consenso e l'incapacità di fare opposizione al matrimonio del Re?

126. Conosciuto quali sieno le condizioni necessarie per la esistenza e la validità del matrimonio, vediamo ora quali formalità debbano precederne la celebrazione. Esse sono le pubblicazioni e la presentazione di certi atti.

127. Le pubblicazioni sono annunzi della futura celebrazione di un matrimonio, fatti al pubblico per cura dell'uffiziale dello stato civile, affinchè sieno rivelati gl'impedimenti che possono ostare alla celebrazione del matrimonio fra le due persone che vorrebbero contrarlo (art. 70 princ.).

L'atto di pubblicazione deve indicare il nome, il cognome, la professione, il luogo di nascita e la residenza degli sposi; deve pure indicare se essi siano maggiori o minori di età; e in fine deve indicare il nome, il cognome, la professione e la residenza dei genitori (articolo 70 capov.)

Le pubblicazioni debbono, per regola, essere due (art. 70).

La richiesta delle pubblicazioni deve farsi da ambedue gli sposi personalmente, o dal padre, dal tutore o da persona munita da essi di mandato speciale ed autentico (art. 73).

La promessa di matrimonio, fatta in conformità dell'art. 54, autorizza la richiesta delle pubblicazioni (art. 73 capov.).

L'uffiziale dello stato civile non è tenuto nè autorizzato a fare le pubblicazioni, senza richiesta delle persone anzidette.

Le pubblicazioni devono essere fatte nel comune in cui ciascuno degli sposi ha la sua residenza. Se la residenza attuale duri da meno di un anno, le pubblicazioni debbono pure farsi nel comune della residenza precedente (art. 71).

Le pubblicazioni si fanno alla porta della casa comunale in due domeniche successive, in un'ora conveniente. [1] L'atto deve

---

[1] La legge non istabilisce l'ora in cui debbano farsi le pubblicazioni; ma dallo scopo che queste hanno, si può e deve esser dedotto che debbano farsi in tale ora che il pubblico più agevolmente possa assistervi.

restare affisso nell'intervallo tra l'una e l'altra pubblicazione, e per tre giorni successivi (art. 72).

Le pubblicazioni debbono farsi per cura dell'uffiziale dello stato civile dei comuni, in cui gli sposi hanno la residenza da un anno almeno, e ne' congrui casi, in quelli ne' quali ebbero la precedente (art. 70 e arg. art. 71).

L'uffiziale dello stato civile non può procedere alle pubblicazioni, se non gli consta del consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela, nei casi in cui tale consenso è necessario (art. 74).

Se egli non crede di poter procedere alle pubblicazioni, deve rilasciarne certificato esprimente i motivi del rifiuto; dichiarando, esempligrazia, non constargli del consenso degli ascendenti; o constargli l'esistenza di un impedimento. Contro tale rifiuto compete al richiedente il ricorso al tribunale civile, che provvederà, premesse le conclusioni scritte dal pubblico ministero (art. 75).

128. Il Re o le autorità a ciò delegate possono per gravi motivi dispensare da una delle pubblicazioni (art. 78). La valutazione della gravità dei motivi è rimessa al Governo del Re o alle autorità delegate; potrebbe essere grave motivo, per esempio, un lungo viaggio di uno degli sposi che non possa differirsi, come se un ufficiale di marina abbia l'ordine di partire entro pochi giorni per lontane regioni.

Deve esser fatta menzione della dispensa nell'unica pubblicazione (art. 78).

Può essere anche concessa per cause gravissime la dispensa da ambedue le pubblicazioni, mediante la presentazione di un atto di notorietà, col quale cinque persone, ancorchè parenti degli sposi, dichiarino con giuramento davanti al pretore del mandamento di uno di essi, di ben conoscerli, indicando esattamente il nome, il cognome, la professione e la residenza dei medesimi e de' loro genitori, e di potere assicurare sulla loro coscienza che nessuno degl'impedimenti stabiliti dagli articoli 56-62 si oppone al loro matrimonio. Il pretore deve far precedere all'atto di notorietà la lettura de' detti articoli ed una seria ammonizione ai

dichiaranti sull'importanza delle loro attestazioni e sulla gravità delle conseguenze che ne possono derivare (art. 78).

129. Il matrimonio non può essere celebrato prima del quarto giorno dall' ultima pubblicazione, o dall'unica, nel caso di dispensa (art. 76).

Le pubblicazioni si considerano come non avvenute, se il matrimonio non è celebrato nel termine dei cento ottanta giorni successivi, cioè computati dal giorno in cui il matrimonio si sarebbe potuto contrarre, ossia dal quarto giorno dell' ultima o dell'unica pubblicazione (art. 77): il quarto giorno non si deve comprendere nel termine, giusta la regola generale: *Dies a quo non computatur in termino.*[1]

130. Gli sposi debbono presentare all' uffizio dello stato civile del comune, in cui intendono di celebrare il matrimonio,

1° Gli estratti del loro atto di nascita;

2° Gli atti di morte o le sentenze che provino lo scioglimento o la nullità de' loro precedenti matrimoni;

3° Gli atti comprovanti il consenso degli ascendenti, o del consiglio di famiglia o di tutela nei casi in cui è dalla legge richiesto;[2]

4° Il certificato delle seguite pubblicazioni o il decreto di dispensa;

5° Tutti gli altri documenti che nella varietà de'casi possono essere necessari a giustificare la libertà degli sposi e la loro condizione di famiglia (art. 79).

Se uno degli sposi fosse nell'impossibilità di presentare l'atto della sua nascita, potrà supplirvi con un atto di notorietà, formato dinanzi al pretore del luogo della sua nascita

---

[1] Che questa regola sia al caso applicabile, parmi non potersi dubitare; perocchè l'articolo 77 fa seguito all'articolo 76; perciò i cento ottanta giorni debbono essere successivi al quarto, in cui poteva celebrarsi il matrimonio; or non sarebbero successivi al quarto, se questo fosse compreso nel termine (consulta in questo senso Delvincourt, art. 64; Toullier, I, 565 nota; Duranton, II, 229; Aubry e Rau, IV, § 485, pag. 95).

[2] Vedi sopra n. 126.

o del suo domicilio. L'atto di notorietà deve contenere la dichiarazione giurata di cinque testimoni dell'uno o dell'altro sesso, ancorchè parenti degli sposi, in cui con tutta esattezza e precisione essi debbono indicare il nome e cognome, la professione e residenza dello sposo e de'suoi genitori, se conosciuti, il luogo, e per quanto sarà possibile, il tempo di sua nascita, i motivi per cui non può produrre l'atto corrispondente e le cause di scienza di ciascun testimonio (art. 80).

Ove però non constasse la morte, ma soltanto fosse dichiarata l'assenza di uno de'coniugi, l'altro non potrebbe in verun modo supplire all'atto di morte (arg. *a contr.* art. 80 e articoli 385-397).

Dall'osservanza di queste formalità preliminari del matrimonio è dispensato il Re e la famiglia reale (art. 92).

CAPO III.

DELLE OPPOSIZIONI AL MATRIMONIO

SOMMARIO

131. Transizione. Oggetto; opposizioni al matrimonio. Loro ragione. Nozioni generali intorno alle medesime.
132. Da quali persone e per quali cause possa farsi opposizione al matrimonio. La determinazione che ne fa la legge è limitativa; conseguenze. Persone che hanno tale facoltà in modo assoluto e per qualsiasi causa; padre, madre, ascendenti degli sposi, pubblico ministero.
133. Seguito. Persone che hanno tale facoltà in modo relativo e per determinate cause, fratelli, sorelle, zii, cugini germani degli sposi. Debbono essere maggiori di età; *Quid juris,* se fossero minori di età? I loro tutori potrebbero fare essi opposizione? Se, quando e sotto quale condizione i tutori o i curatori degli sposi abbiano tale facoltà. Quali siano le cause, per cui tali persone sono autorizzate a fare opposizione.
134. Seguito. L'un de' coniugi può fare opposizione al secondo matrimonio che voglia contrarre l'altro. La promessa di matrimonio dà diritto a fare opposizione al matrimonio che il promittente voglia contrarre con persona diversa da quella a cui la promessa precedente fu fatta?
135. Seguito. Quali persone possano fare opposizione al matrimonio che contrar voglia la donna prima del decimo mese dallo scioglimento o dall'annullamento del matrimonio. Se e in quali casi non si possa fare opposizione al medesimo.
136. Sino a qual tempo possa farsi opposizione al matrimonio.
137. Che cosa debba contenere l'atto di opposizione. A chi debba essere notificato l'atto di opposizione.
138. Quali siano gli effetti dell'opposizione legalmente fatta; e quanto tempo durino.

131. Potendo essere un impedimento ignorato, non ostante le pubblicazioni, o dissimulato dall'uffiziale dello stato civile e dalle parti contraenti, la legge nell'interesse di queste, delle loro famiglie e della società, accorda a certe persone e in determinati casi il diritto di fare opposizione al matrimonio, mediante cui l'impedimento può essere conosciuto e impedita per tal guisa la celebrazione dell'atto. La qual cosa vale assai meglio dell'annullamento di esso, compiuto che sia, allorchè si tratti di un impedimento dirimente; imperocchè il matrimonio annullato lascia o almeno può lasciare dietro di sè gravi e dolorose conseguenze. Inoltre, come vedremo nel Capo VIII, infligge pene all'uffiziale dello stato civile e alle parti contraenti che scientemente contravvengono alle prescrizioni della legge.

L'opposizione è l'atto con cui certe persone specialmente designate dalla legge impediscono che si proceda alla celebrazione di un matrimonio.

L'opposizione si suole distinguere in *legale* ed *officiosa*, secondo che è fatta da persona autorizzata dalla legge e nei limiti e modi da essa prescritti, o da altra persona fuori di tali limiti e con altri modi. La prima espone l'uffiziale dello stato civile a subire le pene comminategli dalla legge per tali infrazioni; la seconda no (art. 124).

132. Le persone che hanno la facoltà di fare opposizione al matrimonio possono distinguersi in due classi, secondochè godono del diritto di fare opposizione in modo assoluto, ossia per ogni causa, o in modo relativo, cioè per alcune cause soltanto.

Nella prima classe si comprendono, nei relativi casi, i genitori, gli adottanti e altri ascendenti degli sposi e il pubblico ministero; nella seconda i parenti sino al quarto grado, il tutore, il curatore, il coniuge e gli affini.

Prima di procedere innanzi nell'esame di questo soggetto, importa che noti; non potersi arrogare da altre persone il diritto di fare opposizione; essendo evidentemente limitativa la disposizione di legge, come quella che è intesa appunto a determinare le persone che possono valersene, per prevenirne ogni malintenzionato abuso.[1] Ogni persona però può eccitare il pubblico ministero a far esso l'opposizione per la causa che gl'indica; ben inteso che il pubblico ministero può anche non tener conto alcuno di tale eccitatoria e astenersi dal fare opposizione. Ogni persona può eziandio rendere consapevole dell'impedimento l'uffiziale dello stato civile; il quale dovrà tener conto della notizia sotto pena della responsabilità stabilita a suo carico dall'articolo 124.[2]

È del pari limitativa la determinazione delle cause, per le quali può farsi l'opposizione al matrimonio, anco in riguardo agli ascendenti degli sposi.[3]

Il padre e la madre innanzi a tutti hanno diritto di fare opposizione al matrimonio dei loro figli (art. 82).

In mancanza d'ambidue, cioè ove siano morti, o si trovino nell'impossibilità fisica, morale o legale di manifestare la propria volontà; gli avi e le avole hanno il diritto di fare opposizione al matrimonio dei loro discendenti (art. cit.). Sotto il nome di avi e di avole si comprendono tutti gli altri ascendenti; ma fra essi il più remoto rimane escluso dal più prossimo (art. cit).[4]

---

[1] Consulta Merlin, Rép. v° Opposition à un mariage, n. 4, quest. 1 sur l'art. 174; Toullier, I, 585; Duranton, II, 193; Demolombe, III, 144 e 150; Aubry e Rau, IV, § 454, pag. 30; Laurent, II, 375.

[2] Merlin, Rép. loc. cit.; Toullier, I, 529; Aubry e Rau, II, § 454, pag. 33.

[3] Consulta la Relazione Pisanelli, I, 11; il Proc. verb. 7, V; Buniva, Delle persone, pag. 182-184.

[4] Laurent, II, 377.

Con essi ha il diritto di fare opposizione l'adottante de' loro figli e discendenti che sono per contrarre matrimonio (arg. art. 63).

Il diritto di fare opposizione al matrimonio de' figli e discendenti spetta alle anzidette persone individualmente, senza ordine di preferenza ne' rispettivi ordini; eccetto che esso sia basato sulla mancanza del loro consenso, nel qual caso la preminenza del diritto di opposizione è regolata su quella del diritto di dare il consenso.[1]

Le anzidette persone possono fare opposizione al matrimonio de'figli e discendenti legittimi, o legittimati per ogni causa ammessa dalla legge che osti alla celebrazione del matrimonio; sia essa un impedimento dirimente, quale l'età, la parentela, l'interdizione, il vincolo di precedente matrimonio; o sia invece un impedimento impediente, quale esempligrazia, il lutto vedovile. Possono del pari farvi opposizione per le cause sospensive stabilite dagli articoli 61 e 62 capov.

Hanno tale facoltà anco allora che i figli o discendenti maschi ne' congrui casi abbiano già compiti gli anni venticinque o ventuno; e le femmine gli anni ventuno (art. 82).

Ma nel mentre che, se i figli non avessero sorpassata l'età oltre la quale possono contrarre matrimonio senza consenso delle sopraddette persone, basta ai genitori e agli avi di giu-

---

[1] Nella prima edizione aveva dato la preferenza al padre sulla madre, all'avo sull'ava e via discorrendo; indottovi in parte dalle disposizioni analoghe sul consenso da prestarsi dalle anzidette persone, e in parte e principalmente dalla dottrina degl'interpreti del Codice Napoleonico, senza avere avvertito la differente formula dei testi; perocchè mentre il detto Codice dispone « Le père, et à défaut du père, la mère..... peuvent former opposition au mariage ecc. » (art. 173): il nostro Codice dispone invece « Il padre, la madre, e in mancanza d'ambidue, gli avoli e le avole possono fare opposizione al matrimonio de'figli ecc. » (art. 82); nel nostro testo adunque il padre e la madre e, dopo essi, gli avi e le avole godono in concorso del diritto di fare opposizione, salvo, ripeto, il caso in cui la opposizione si voglia fondare sulla mancanza del consenso; perchè, consentendo il padre, manca per la madre la causa di fare opposizione (Consulta il Processo verbale, 20, VII, 3º).

stificare l'opposizione col rifiuto puro e semplice del loro consenso, debbono nell'altra ipotesi provare l'esistenza di un qualche altro impedimento ammesso dalla legge; essendo anche ad essi negato formalmente il diritto di fare opposizione al matrimonio per altri motivi, quantunque plausibilissimi.

Se poi i figli sono naturali e legalmente riconosciuti o dichiarati, il diritto di opposizione per qualunque causa appartiene a quello de' genitori che li avesse riconosciuti o del quale fossero stati dichiarati prole (arg. art. 66);[1] e se ambidue li abbiano riconosciuti o ne siano stati dichiarati genitori, il diritto di opposizione appartiene individualmente ad entrambi, senza ordine di preferenza; salvo che l'opposizione sia basata sulla mancanza di consenso.

In secondo luogo il pubblico ministero può e deve sempre fare opposizione al matrimonio per qualunque impedimento che conosca ostare alla celebrazione del medesimo (art. 87).

133. Se non siavi alcun ascendente, il diritto di fare opposizione al matrimonio appartiene al fratello, alla sorella, al zio e alla zia e ai cugini maggiori degli sposi (art. 83). Sotto il nome di zio e zia si debbono intendere eziandio i prozii e le prozie.[2]

Ma verun altro parente gode del diritto di fare opposizione, neppure nel caso in cui questa si fondi sull'infermità mentale del congiunto che vuole contrarre matrimonio, e possa per tal causa promuoverne l'interdizione.[3]

La legge richiede che gli anzidetti parenti sieno maggiori di età (art. 83); e suppone evidentemente che non sieno interdetti. Perciò ove essi, o non siano maggiori di età, o siano interdetti, non potrà in loro vece fare opposizione il loro tutore;

---

[1] Demolombe, III, 142.

[2] Vedi sopra n. 119.

[3] Dal diritto di promuovere l'interdizione non si può derivare per argomenti il diritto di fare opposizione al matrimonio; imperocchè il primo ha per base l'interesse pecuniario; il secondo ha per fondamento l'interesse morale (Laurent, II, 384).

perchè il diritto di fare opposizione è essenzialmente e strettamente personale.[1]

Queste persone hanno individualmente e senza ordine alcuno di preferenza il diritto di fare opposizione al matrimonio del loro congiunto.[2] Quindi, esempligrazia, un cugino dello sposo può farla, quand' anche siavi un fratello germano di lui.

In concorso coi soprannominati collaterali, o in loro mancanza,[3] può fare opposizione al matrimonio il tutore, o il curatore dello sposo, senza distinguere se questi siano o no parenti degli sposi. Debbono però esservi autorizzati dal consiglio di famiglia (art. 84); eccetto che il tutore o curatore fosse parente dello sposo entro il quarto grado e in tale qualità facesse opposizione.[4]

Il tutore e il curatore autorizzati dal consiglio di tutela possono fare opposizione al matrimonio delle persone che sieno state riconosciute o dichiarate, in mancanza del genitore riconoscitore; o che non sieno mai state riconosciute (arg. art. 261 cong. agli articoli 66, 83 e 84).

Le cause per cui le anzidette persone possono fare opposizione al matrimonio sono queste due; cioè: *a)* la mancanza del consenso del consiglio di famiglia (art. 83 1°, cong. coll'art. 65 e art. 84); *b)* l'infermità di mente di uno degli sposi, sia questo o no il loro parente o tutelato, e siasi o no pronunziata sentenza d' interdizione, e siasene o no promossa l'istanza; perciocchè l'infermità di mente esclude o almeno può escludere sinanco l'esistenza del matrimonio (art. 83 2°, art. 84).[5]

---

[1] Delvincourt, I, p. 58, not. 5; Toullier, I, 585; Duranton, II, 193; Demolombe, III, 144; Aubry e Rau, IV, 28 testo e nota 9.

[2] Consulta il Processo verb. 20, VII, 3°.

[3] Demolombe, III, 147.

[4] Marcadé, art. 157, I.

[5] Per giustificare la disposizione dell' articolo 84 (riguardante il diritto di opposizione che appartiene al tutore o al curatore) in ordine alla seconda causa accennata nell'articolo 83, possono riproporsi le due fattispecie già immaginate dai giureconsulti francesi per giustificare la disposizione corrispondente dell' art. 175:

134. Il diritto di fare opposizione compete eziandio al coniuge della persona che vuol contrarre un altro matrimonio (art. 85). Ma tale diritto non appartiene a quella persona che avesse avuto soltanto una promessa di matrimonio, quantunque fra essa e il promittente abbiano avuto luogo relazioni intime, o abbiano figli naturali riconosciuti.[1] Non appartiene neppure a quella persona, che fosse unita in matrimonio religioso e non civile; imperocchè il matrimonio religioso non ha valore nè esistenza giuridica avanti la legge civile.[2]

135. Al matrimonio che la vedova volesse contrarre prima del decimo mese dalla morte del marito, hanno diritto di fare opposizione i prossimi ascendenti di lei, esclusi gli altri, e tutti i parenti del marito sino al decimo grado, senza distinguere, se questi ultimi siano o no gli eredi presuntivi del defunto; perocchè, ove manchi l'interesse pecuniario di eredità, rimane sempre l'interesse morale della famiglia, al quale per soprappiù va a congiungersi l'interesse pecuniario sotto altri rapporti di famiglia (art. 86 cong. all'art. 48 capov.). Se poi il precedente matrimonio sia stato annullato, il diritto di opposi-

---

1° Vuol contrarre matrimonio un minore: il consiglio di famiglia o di tutela ha consentito al matrimonio, ma il tutore meglio istruito dello stato mentale del minore critica tale consenso; ciò non ostante il consiglio non si determina a revocarlo e autorizza il tutore a fare a suo rischio e pericolo opposizione al matrimonio;

2° Vuol contrarre matrimonio un maggiore interdetto: il tutore fa opposizione per infermità mentale del tutelato, non potendo giustificarla colla mancanza del consenso del consiglio di famiglia che non può neppure entrare in questione, perchè quand'anche il consenso fosse dato, non potrebbe procedersi alla celebrazione del matrimonio, ostandovi la interdizione (consulta Valette su Proudhon, I, 422; Marcadé, art. 275; Demolombe, III, 184; Aubry e Rau, loc. cit.; Mourlon, I, 627, testo e nota 1). Ma neppur ciò è rigorosamente esatto nel nostro diritto; attesochè, ripeto, l'interdizione costituisce impedimento dirimente al matrimonio per se stesso e indipentemente dallo stato mentale in cui l'interdetto si trova nel momento della celebrazione del matrimonio.

[1] Consulta la sentenza della Corte di Casale, 11 aprile 1866, G. III, 161.

[2] Vedi sopra n. 104; Demolombe, loc. cit.; Aubry e Rau, loc. cit. pag. 30, nota 22; Laurent, II, 376.

zione spetta eziandio a quello col quale il matrimonio era stato contratto (art. 86 capov.).

Nell'una e nell'altra ipotesi però il diritto di fare opposizione vien meno ne'medesimi casi in cui cessa l'impedimento che gli serve di base; nei casi cioè in cui la vedova abbia partorito, o il matrimonio sia stato annullato per impotenza del marito (art. 57 capov. e art. 107).[1]

136. L'opposizione può essere fatta fino al momento della celebrazione del matrimonio, perciocchè sino a tal momento può avere il suo effetto d'impedirla; d'altra parte la legge non fissa alcun termine.[2]

137. L'atto di opposizione deve contenere le seguenti indicazioni:

In primo luogo deve esprimere la qualità che attribuisce all'opponente il diritto di farla, cioè se è padre, madre, ascendente, adottante, fratello, sorella, zio, zia, cugino germano, tutore, curatore, coniuge, affine ecc. secondo i vari casi (art. 88). Per tal guisa tanto l'uffiziale dello stato civile, quanto gli sposi possono conoscere nella prima lettura dell'atto, se l'opponente abbia o no il diritto di fare l'opposizione.

In secondo luogo deve contenere la causa dell'opposizione ammessa dalla legge che osta alla celebrazione del matrimonio, come sarebbe la mancanza di età, il vincolo di parentela, il lutto vedovile ecc. per potersi decidere sull'istante, se l'opposizione sia o non ben fondata (art. 88).

In terzo ed ultimo luogo deve contenere l'elezione di domicilio, per parte dell'opponente, nel comune ove siede il tribunale nel cui territorio si deve celebrare il matrimonio (art. 88). Mediante tale elezione resta determinata la giurisdizione del tribunale, avanti cui debba promuoversi l'azione per far rimuovere l'opposizione; venendone così agevolato l'esercizio. Se dalle pubblicazioni risulti in quale comune sarebbe celebrato il matrimonio, basta elegger quivi il domicilio.[3] Ove ciò non consti, è necessario

---

[1] Vedi sopra n. 124.

[2] Demolombe, III, 162; Aubry e Rau, IV, § 455, pag. 43.

[3] Aubry e Rau, IV, § 455, pag. 34; Demolombe, III, 156.

eleggere il domicilio ne' due comuni dove il matrimonio potrebbe e dovrebbe essere celebrato. Sembra però che in questo secondo caso basti l'elezione del domicilio nel comune ove lo sposo, contro cui è diretta l'opposizione, ha il suo domicilio reale o la sua residenza. [1]

Se l'atto di opposizione manchi di un solo di questi tre elementi, sarà nullo per difetto di forma. [2]

L'atto di opposizione deve essere notificato, nella forma delle citazioni, ad ambedue gli sposi; perciocchè interessa anche a quello, contro cui l'opposizione non è diretta, di conoscere le cause che impediscono il matrimonio progettato e di prendere il suo partito. Deve ancora essere notificato all'uffiziale dello stato civile, dinanzi a cui il matrimonio deve essere celebrato (art. 89), cioè a quello nel cui comune i due sposi hanno il domicilio o la residenza. Che se hanno il domicilio o la residenza in due comuni distinti, dovrà farsi la notifica agli uffiziali d'ambedue i comuni; ammenochè non consti dalle pubblicazioni o da altro atto di elezione avanti a quale de' due, o a qual terzo si vorrebbe procedere alla celebrazione del matrimonio. [3] Ma anche senza di ciò può bastare la notifica fatta ad un solo degli uffiziali; perciocchè questi deve essere richiesto intorno a quanto concerne il matrimonio da celebrare dall'altro uffiziale, che per tal mezzo resterà avvisato dell'opposizione (art. 96). [4] Se l'atto di opposizione sia notificato ai soli sposi, e non all'uffiziale dello stato civile, questo non può ricusarsi di procedere alla celebrazione del matrimonio; perocchè per esso non esiste in verità opposizione. Nel caso inverso deve invece rifiutarvisi; non potendo esso decidere, se l'opposizione non notificata agli sposi sia o no efficace; sebbene debba considerarsi per inesistente riguardo a questi ultimi. [5]

---

[1] Delvincourt, I, pag. 58, nota 3; Duranton, II, 208; Demolombe, III, 156.

[2] Merlin, loc. cit.; Delvincourt, I, 121; Duranton, II, 207; Marcadé, 176, nota 2; Demolombe, III, 154; Aubry e Rau, IV, § 455, pag. 33 e seg.; Laurent, II, 392.

[3] Duranton, II, 210; Demolombe, III, 160; Aubry e Rau, loc. cit.

[4] Mourlon, I, 136.

[5] Laurent, II, 394.

138. L'effetto dell'opposizione consiste nel sospendere la celebrazione del matrimonio (art. 90). Ma perchè l'opposizione produca tale effetto, conviene che sia valida; cioè che sia fatta da chi ne ha facoltà e per causa ammessa dalla legge, come si è qui sopra dimostrato.[1] Fatta da persona incompetente, o per causa non ammessa dalla legge, l'opposizione rimane senza effetto e l'uffiziale può procedere impunemente alla celebrazione del matrimonio (art. 90).[2]

La sospensione anzidetta dura sino a che non sia passata in giudicato la sentenza, per la quale sia rimossa l'opposizione (art. 90); o sino a che l'opponente non desista volontariamente dalla opposizione.[3]

139. L'opposizione può farsi cessare in due modi, con la desistenza volontaria e la sentenza.

La desistenza può essere espressa e tacita, secondochè risulti da formale dichiarazione o da un fatto; così, esempligrazia, v'ha desistenza tacita, quando l'opponente assista alla celebrazione del matrimonio e assenta alla medesima.[4]

Quanto al solo effetto sospensivo della opposizione, esso viene meno senza dubbio colla desistenza. Ma questa non ha la virtù di far cessare l'impedimento, in base al quale l'opposizione medesima fu fatta; perciò non ostante la desistenza, non potrà procedersi alla celebrazione del matrimonio. Quindi, esempligrazia, sebbene l'un de'coniugi desista dalla opposizione fatta al secondo matrimonio che l'altro coniuge intendeva celebrare, pure quest'ultimo non può contrarlo, esistendo sempre l'impedimento dirimente del vincolo precedente. Deve però eccettuarsi il caso in cui l'impedimento al matrimonio consisteva nella mancanza del consenso dell'opponente ed esso servì di base

---

[1] Vedi sopra n. 133 e Proc. verb. cit. loc. cit.

[2] Vedi fra gli altri in questo senso, per riguardo al diritto francese, Merlin. Rép. v° Opposition, question 1re sur l'art. 177; Valette sur Proudhon, I. 419 not.; Laurent, II, 396 ed altri.

[3] Vedi il num. seguente.

[4] Marcadé, art. 67; Demolombe, III, 162.

all'opposizione; e in seguito l'opponente medesimo vi acconsenta. [1]

140. Ove l'opponente persista nell'opposizione, questa non può essere rimossa che coll'intervento dell'autorità giudiziaria (art. 30 e art. 797 Cod. proc. civ.).

Il diritto di far rimuovere giudizialmente l'opposizione compete al solo sposo contro cui fu diretta, e non ad altri, sia questo un estraneo, o un ascendente dello sposo stesso. [2]

L'azione deve esser promossa contro l'opponente, e se questi sia morto, contro il suo erede; non già perchè l'azione sia passata in lui, essendo per natura sua intrasmissibile; sibbene perchè essendo giudiziale l'atto di opposizione, non può distruggersi che con mezzi giudiziali. [3]

L'azione deve essere promossa avanti il tribunale nel cui territorio l'opponente elesse il suo domicilio. [4]

Tale azione è esercibile immediatamente dopo fatta l'opposizione; e non è soggetta a prescrizione, essendo diretta ad assicurare l'esercizio del diritto imprescrivibile di contrarre matrimonio con ogni persona a cui non osti la legge; d'altra parte il rimuovere l'opposizione fatta al matrimonio è un atto meramente facoltativo, non soggetto perciò a prescrizione: *In facultativis non datur praescriptio.*

Il procedimento di tale giudizio è sommario. Il termine per appellare dalla sentenza del tribunale che rigetta l'opposizione è di giorni quindici dalla notifica di essa. L'atto di appello deve contenere citazione a comparire in via sommaria in un termine non minore di giorni cinque, nè maggiore di quindici (art. 797 Cod. proc. civ.).

---

[1] Delvincourt, I, 123; Demolombe, III, 164; Aubry e Rau, loc. cit. p. 35, n° 2.

[2] Delvincourt, I, 123; Demolombe, III, 165; Duranton, III, 209; Aubry e Rau, loc. cit. pag. 36.

[3] Demolombe, III, 171.

[4] Laurent, II, 398.

141. La sentenza che ammette l'opposizione, dichiarando la legittimità di questa, mantiene giudizialmente l'impedimento impediente risultante dall'opposizione. Ma essa non ha la virtù di cambiar carattere all'impedimento; perciò il matrimonio che si celebrasse non ostante la sentenza, sarebbe valido o nullo, secondo che la causa dell'opposizione costituisca un impedimento proibitivo o dirimente.[1]

Se poi la sentenza respinga l'opposizione per difetto di causa, per vizio di forma o per incompetenza dell'opponente, può procedersi alla celebrazione del matrimonio; nei due ultimi casi però il tribunale deve officiosamente avvertire l'uffiziale dello stato civile dell'impedimento che esiste, e il pubblico ministero deve fare regolare opposizione. Inoltre l'uffiziale che conosca l'impedimento (e, a motivo dell'opposizione fatta e della solennità del giudizio, difficilmente sarebbe ammessa l'ignoranza che allegasse) deve ricusarsi alla celebrazione del matrimonio.[2]

Rigettata l'opposizione per difetto di forma, per mancanza di causa o per incompetenza della persona in relazione ad una determinata causa, può essere rinnovata dall'opponente con forma regolare, per causa nuova, e per competenza assicuratagli dalla nuova causa; così l'opposizione fatta, esempligrazia, dal fratello dello sposo per mancanza di età in quest'ultimo, e respinta per incompetenza, può essere rinnovata da lui per infermità di mente.[3]

Contro la sentenza della Corte di appello che ammette o respinge la opposizione compete il ricorso in Cassazione. Il ricorso non è sospensivo, e quindi se la sentenza contro cui è diretto aveva respinto l'opposizione, può procedersi al

---

[1] Demolombe, III, 172; Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Demolombe, III, 173; *contro* Duranton, II, 206, ed altri che fuori d'ogni regola ammettono nel tribunale il diritto di proibire la celebrazione del matrimonio; dico fuori d'ogni regola, perciocchè il tribunale non può sentenziare che sulle controversie che gli sono sottoposte.

[3] Demante, I, 254 bis; Massé e Vergé su Zachariae, I, pag. 197; Demolombe, III, 177; Aubry e Rau, IV, p. 37 testo e nota 11; Laurent, II, 406.

matrimonio;[1] ove, bene inteso, non ostino altri impedimenti dirimenti o proibitivi; e il matrimonio celebrato continuerà a sussistere in piena validità, quantunque la sentenza che aveva respinto l'opposizione, venga cassata; perciocchè la celebrazione del matrimonio non può considerarsi in veruna guisa, come una esecuzione forzata della sentenza, da doversi annullare a norma del diritto comune.[2]

142. Se l'opposizione venga rimossa per difetto di forma o per mancanza di causa, o per incompetenza dell'opponente, questi, oltre essere tenuto alle spese del giudizio a norma del diritto comune, può essere condannato al risarcimento de'danni, secondo che parrà al tribunale, tenuto conto delle cause dell'opposizione, de'motivi che hanno mosso l'opponente, del torto più o meno serio che ha commesso, e di tutte le altre circostanze (art. 91).

Non è però tenuto al risarcimento di alcun danno nè l'ascendente nè il pubblico ministero che si presumono avere agito per motivi buoni che scusano il loro errore (art. 91). Quanto poi alle spese devono seguirsi le regole generali, anche in riguardo all'ascendente e al pubblico ministero.[3]

143. Le regole sopraesposte sulle opposizioni al matrimonio non si applicano al Re ed alla sua famiglia (art. 92).

---

[1] Merlin, loc. cit.; Marcadé, art. 178, I; Demolombe, III, 169; Aubry e Rau, IV, § 457, pag. 37; Laurent, II, 404. Consulta pure la Gaz. dei Trib. di Napoli, XXII, 718 e 797; nella quale l'egregio avv. Giove propugna la decisione da me seguita *contro* il parere dell'insigne prof. Polignani che ritiene, essere il ricorso sospensivo.

[2] Demolombe, III, 170; Laurent, II, 405; *contro* Marcadé, art. 178, II; Aubry e Rau, IV, § 457, pag. 37 testo e nota 9.

[3] Demolombe, III, 175; *contro* Marcadé, art. 179, che pensa doversi per regola dichiarare compensate le spese.

CAPO IV.

DELLA CELEBRAZIONE DEL MATRIMONIO

SOMMARIO

144. Transizione, oggetto, sguardo generale al medesimo, determinazione della parte di esso che forma materia di questo Capo.
145. In qual comune debba celebrarsi per regola il matrimonio. In quale possa celebrarsi per eccezione alla regola.
146. In qual luogo del comune debba essere celebrato il matrimonio.
147. Avanti a quale ufficiale dello Stato civile deve essere celebrato il matrimonio. L'uffiziale dello Stato civile deve essere presente alla celebrazione del matrimonio. Se e quando possa rifiutarsi alla celebrazione. Quali formalità siano da osservarsi in caso di rifiuto.
148. Regole speciali in ordine alla celebrazione del matrimonio del Re e della famiglia reale.
149. Dell'elemento estrinseco e intrinseco della forma con cui deve essere celebrato il matrimonio. L'elemento estrinseco consiste nella pubblicità. Da che sia costituita la pubblicità.
150. Dell'elemento intrinseco della forma di celebrazione del matrimonio. In che consista; presenza dell'uffiziale civile e dei testimoni; lettura fatta da quello delle disposizioni di legge concernenti i diritti e doveri de' coniugi; dichiarazione degli sposi di unirsi in matrimonio. Questa dichiarazione deve esser fatta da loro personalmente; privilegio conceduto al Re e alla famiglia reale.
151. In qual momento si formi il matrimonio.
152. Effetti dei vizi di forma della celebrazione del matrimonio nel suo elemento intrinseco.
153. Della formalità da compiersi immediatamente dopo la celebrazione del matrimonio; atto di matrimonio. *Quid juris,* se non si possa o non si voglia procedere a tale atto?

144. Il matrimonio può essere celebrato nel Regno e in paese estero, fra due persone che siano cittadine, o fra due persone di cui una cittadina e l'altra straniera, e in fine fra due persone straniere. In questo Capo la legge regola la celebrazione del matrimonio fra cittadini nel Regno; e rinvia il resto al Capo seguente.

145. Il matrimonio deve essere celebrato nel comune, ove uno degli sposi abbia il domicilio o la residenza, interessando che atto sì importante si compia nel luogo, ove gli sposi presumibilmente passeranno la più parte della loro vita, per avervi la sede principale de' propri affari, o dove in realtà hanno la loro abituale dimora.

Il domicilio qui inteso è il generale; nè può eleggersi un domicilio speciale per la celebrazione del matrimonio; perocchè il domicilio o la residenza degli sposi determina la competenza

dello stato civile che, essendo d'ordine pubblico, non può essere mutata da privata convenzione. È poi indifferente che lo stabilimento del nuovo domicilio o della nuova residenza sia recente o antico. È pure indifferente quale sia la causa del domicilio; se sia cioè la nascita, il trasferimento della residenza coll' intenzione di fissare nel nuovo luogo la sede principale de' propri affari, o il precedente matrimonio, giusta la disposizione dell' articolo 18.

Del resto è in arbitrio degli sposi di scegliere il comune del domicilio o della residenza dell' uomo o della donna. È pure in loro arbitrio di scegliere il comune del loro domicilio o quello della loro residenza.

I minori non emancipati, avendo il domicilio dei loro genitori e de' loro tutori, debbono celebrare il matrimonio nel comune di tal domicilio.[1] Ma possono celebrarlo eziandio nel comune della loro residenza; quand' anche diversa da quella dei loro genitori e tutori. Ciò avviene sovente ne' casi in cui de' giovani recatisi in lontani paesi, per cercare lavoro o per esercitare il loro mestiere o la loro professione conducono in moglie loro concittadine, le quali li raggiungono nel luogo della loro residenza per celebrare il matrimonio.[2]

Questa è la regola; ma per eccezione può celebrarsi il matrimonio in un comune diverso da quello del domicilio o della residenza di uno degli sposi, quando la necessità o la convenienza lo esiga (art. 96); come se, esempligrazia, il comune del domicilio o della residenza fosse chiuso da blocco, occupato da' nemici, infestato dal brigantaggio o invaso da morbo; ovvero gli sposi ne fossero lontani e non potessero tornarvi per causa d' infermità. In questi casi l' uffiziale dello stato civile del comune del domicilio o della residenza di uno degli sposi deve richiedere per iscritto, che può consistere anche in lettera, l' uffiziale del luogo, ove di fatto sarà celebrato il matri-

---

[1] Duranton, II, 225; Demolombe, III, 204.

[2] Consulta Duranton e Demolombe, loc. cit.

monio, affinchè vi proceda. La richiesta deve essere menzionata nell'atto di celebrazione e in esso inserita (art. 96). In verun caso poi l'uffiziale dello stato civile di un comune può trasferirsi a celebrare il matrimonio in un altro comune, essendo la sua competenza circoscritta al territorio del suo comune (arg. art. 104 e art. 96).[1]

146. Il matrimonio deve essere celebrato nella casa comunale (art. 93). Ma se uno degli sposi per infermità o altro impedimento (quale, per esempio, la cattura), giustificato con qualsiasi mezzo all'uffizio dello stato civile si trovasse nell'impossibilità di recarsi alla casa comunale, l'uffiziale deve trasferirsi col segretario nel luogo in cui si trova lo sposo impedito, per assistervi alla celebrazione del matrimonio (art. 97).

Se senza motivo e per sola compiacenza, al certo biasimevole, dell'uffiziale dello stato civile, il matrimonio venga celebrato fuori della casa comunale, questo non può ritenersi come infetto da tal vizio di forma da renderlo soggetto all'azione di nullità.[2]

147. Il matrimonio deve essere celebrato innanzi all'uffiziale dello stato civile del comune, ove uno degli sposi abbia il domicilio o la residenza, o del comune diverso, secondo che qui sopra si è detto. Ogni altro uffiziale sarebbe incompetente (art. 104 capov.).

La presenza dell'uffiziale dello stato civile è essenziale all'esistenza del matrimonio e non può essere surrogata nè da un giudice, nè da un pretore, nè da un ministro di qualsiasi culto.

L'uffiziale dello stato civile non può rifiutarsi alla celebrazione del matrimonio, se non per causa ammessa dalla legge. Se questa causa esiste, deve rifiutarsi, siavi o no stata opposizione. In caso di rifiuto deve rilasciarne certificato con

---

[1] Duranton, II, 340-343; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 273; Demolombe, III, 207.

[2] Vedi sopra n. 104; Merlin, Rép. v° Mariage, sect. VI, § 2; Aubry e Rau, IV, 14; Demolombe, III, 205.

indicazione de' motivi. Se le parti credono ingiusto il rifiuto, spetta al tribunale provvedere, sentito il pubblico ministero. Contro il provvedimento del tribunale è sempre salvo il richiamo alla Corte di appello da parte tanto dell' uffiziale, quanto dei contraenti (art. 98).

148. Quanto alla celebrazione del matrimonio del Re e dei principi e principesse della famiglia, essa è regolata dalle seguenti disposizioni speciali. Il Re determina il luogo della celebrazione; il presidente del Senato del Regno tiene le veci dell' uffiziale dello stato civile (art. 99).

149. Nella forma della celebrazione del matrimonio possono distinguersi in un certo senso due elementi, uno estrinseco e l' altro intrinseco.

L' elemento estrinseco consiste nella pubblicità. La pubblicità risulta in generale dal concorso di molti elementi, cioè dalle pubblicazioni, dal luogo della celebrazione, dalla persona dell' uffiziale dello stato civile, da' testimoni e dall' ammissione del pubblico nel luogo e tempo della celebrazione. Ma qui vuole intendersi specialmente della pubblicità resultante dall' ammissione del pubblico nella casa comunale, che, come si diceva, è il luogo ordinario in cui il matrimonio deve celebrarsi. A tal fine nel momento della celebrazione deve esser libero a tutti l' accesso nella casa comunale, e deve essere scelta dall'uffiziale dello stato civile un' ora conveniente per la celebrazione. È però riferito che in certi paesi e presso certe classi di persone si va introducendo il costume (per certo men conforme alla legge della pubblicità) di celebrare il matrimonio di notte, senza che ne sia mosso richiamo. [1] Al postutto il possesso di stato conforme all' atto di matrimonio ne sanerebbe il difetto.

In quanto al giorno della celebrazione, è lasciata agli sposi la scelta dal quarto al centottantesimo dopo l' ultima pubblicazione, giusta le dichiarazioni superiormente fatte (art. 94 princ. e arg. art. 75 e 77); [2] sembra però che non possano

---

[1] Demolombe, III, 208.

[2] Vedi sopra n. 130.

obbligare l'uffiziale dello stato civile a celebrare il matrimonio ne' giorni festivi, giusta il calendario civile; essendo in tali giorni accordato riposo a tutti i pubblici uffiziali.

150. L'elemento intrinseco della forma con cui deve essere celebrato il matrimonio consiste in ciò. Il competente uffiziale dello stato civile, alla presenza de' testimoni, dà lettura agli sposi degli articoli 130, 131 e 132 del Codice civile, che contengono i diritti e i doveri reciproci de'coniugi; dimanda e riceve da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono rispettivamente prendere in marito e in moglie; e di seguito pronunzia in nome della legge che sono uniti in matrimonio (art. 94).

Varie parti di questa forma sono giustificate da sommi motivi, che interessa di conoscere. L'uffiziale dello stato civile rappresenta la società, cotanto interessata nel matrimonio, e la sua presenza fa comprendere agli sposi l'importanza dell'atto che vanno a compiere. La presenza de' testimoni previene i pericoli delle sorprese e delle frodi. La lettura dei surriferiti articoli di legge in quei momenti solenni imprime fortemente nella mente degli sposi i loro diritti e doveri reciproci; e infine le dimande distinte e successive fatte agli sposi, se vogliano prendersi in marito e in moglie, svegliano la loro attenzione e dànno al loro consenso tal carattere di evidenza e di libertà da rimuovere ogni sospetto di frode o di sorpresa.

I testimoni debbono essere regolarmente due; ma se la celebrazione non si fa nella casa comunale, ne occorrono quattro, tenendo i due aggiunti quasi luogo del pubblico (art. 94). Debbono essere di sesso maschile, aver compiuto gli anni ventuno e risedere nel comune ove si celebra il matrimonio (art. 351). Del resto possono essere anche parenti degli sposi, illetterati, (art. 353) e stranieri (art. 3).[1]

Le parti debbono comparire insieme ed in persona, e non è data loro facoltà di celebrare il matrimonio per procura (art. 94,

---

[1] Vedi sopra n. 12.

e arg. *a contr.* art. 99 e art. 354);[1] salvo il privilegio accordato al Re e alla famiglia reale, i cui matrimoni possono celebrarsi anche per procura (art. 99).

La dichiarazione di rispettivamente prendersi in marito e moglie può esser fatta a viva voce o con altri mezzi atti a manifestare la propria volontà. Il rifiuto di rispondere o il solo silenzio impedisce la formazione del matrimonio.

Questa dichiarazione deve essere pura e semplice; e non può essere sottoposta nè a termine nè a condizione. Ove le parti vi aggiungano un termine o una condizione e vi persistano, l'uffiziale dello stato civile non può procedere alla celebrazione del matrimonio (art. 95).

151. Il matrimonio si forma nell'atto che l'ufficiale dello stato civile pronunzia in nome della legge che gli sposi sono uniti in matrimonio. Pronunziata tale solenne formola, nulla più si richiede per la esistenza del matrimonio; talchè se, non appena pronunziata, l'uno degli sposi morisse stantaneamente, il matrimonio non sarebbe meno sussistito.

152. I difetti di forma nel suo elemento intrinseco producono differenti effetti, secondo la materia in cui cadono, e il loro proprio carattere. La mancanza dell'uffiziale dello stato civile impedisce che il matrimonio si formi; la incompetenza del medesimo e la mancanza de'testimoni lo rende annullabile (art. 104). Al contrario il matrimonio sussiste validamente, se l'uffiziale dello stato civile trascuri di dare lettura agli sposi delle surriferite disposizioni di legge; se abbia dimandato e ricevuto cumulativamente le dichiarazioni degli sposi.

153. Immediatamente dopo la celebrazione deve essere compilato dall'uffiziale dello stato civile l'atto di matrimonio (art. 94, capov.).

L'atto di matrimonio deve indicare:

Il nome e cognome, l'età e la professione, il luogo di nascita, il domicilio o la residenza degli sposi;

---

[1] Process. verb. 21, II; Marcadé, art. 36; Aubry e Rau, IV, 98; Demante, I, 140 bis; Demolombe, III, 210; Mourlon, I, 589; Laurent, II, 427.

Il nome e cognome, il domicilio o la residenza de' loro genitori;

Il consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia nei casi in cui è necessario, ovvero il provvedimento menzionato nell' articolo 67;

La data delle eseguite pubblicazioni o il decreto di dispensa;

La data del decreto di dispensa, che sia stata concessa, da alcuno degl' impedimenti menzionati nel n° 68;

La dichiarazione degli sposi di volersi unire in matrimonio;

Il luogo in cui si eseguì la celebrazione del matrimonio, nel caso espresso nell' articolo 97, e il motivo di trasferimento;

La dichiarazione della unione degli sposi, che l' uffiziale dello stato civile fa in nome della legge (art. 383).

L'atto di matrimonio non è un elemento costitutivo del matrimonio, ma solamente un mezzo di prova; perciò il matrimonio sussiste, quand'anche l' uffiziale dello stato civile fosse colto da improvvisa morte subito dopo pronunziata l'unione coniugale, e non potesse perciò più compilar l' atto di matrimonio.[1] Del pari il matrimonio sussisterà, quand'anche uno degli sposi o ambidue si ricusassero di sottoscrivere l'atto di matrimonio.[2] Molto meno ostano alla validità del matrimonio i vizi di forma di tale atto; quantunque tali da renderlo nullo.

CAPO V.

DEL MATRIMONIO DE' CITTADINI IN PAESE ESTERO E DEGLI STRANIERI NEL REGNO

SOMMARIO

154. Della celebrazione del matrimonio de' cittadini in paese estero. Delle leggi che regolano tale celebrazione in ordine alla forma. Gli sposi possono scegliere la legge loro personale e la legge straniera. Quali formalità debbano osservarsi nel Regno; pubblicazioni, iscrizione dell'atto di matrimonio nei registri dello stato civile.

---

[1] Duranton, II, 241, not. 2; Demolombe, III, 213; Aubry e Rau, IV, § 468, 110 e seg.; Mourlon, I, 590. Consulta la sentenza di Perugia, 15 luglio 1867, A. II, II, 215.

[2] Laurent, II, 429.

154. Quando due cittadini vogliono contrarre matrimonio in paese estero, possono celebrarlo a loro scelta innanzi all'autorità di questo paese e secondo le forme quivi stabilite (art. 100, e art. 9 Disp. prelim.); o innanzi agli agenti diplomatici e ai consoli italiani, secondo le forme stabilite dalla legge italiana (art. 368); [1] senza distinguere se dati da lungo o breve tempo il loro domicilio, la loro residenza o anche la loro semplice dimora nel paese estero; nè se saranno per rimanervi stabilmente o per poco tempo ancora. [2]

Ove gli sposi preferiscano di celebrare il matrimonio con la legge straniera, questa regolerà eziandio la prova del matrimonio; così, per esempio, potrà essere provato co' testimoni e col possesso di stato, se queste due specie di prova siano ammesse dalle leggi del paese estero, ove fu celebrato. [3]

Ma l'una o l'altra legge venga scelta dagli sposi, come regola della forma di celebrazione del loro matrimonio, è sempre necessario che se ne facciano le pubblicazioni nel Regno, a norma degli articoli 70 e 71. Se gli sposi non abbiano residenza nel Regno, le pubblicazioni devono farsi nel comune dell'ultimo domicilio (arg. art. 100 capov.). Da tale formalità non dispensa nè la residenza nel paese estero, per quanto antica, nè il domicilio quivi stabilito. [4]

L'omissione delle pubblicazioni nel Regno non produce la nullità del matrimonio; [5] quantunque consti che fu intesa a te-

---

[1] Consulta la sentenza della Corte di cassazione di Torino, 29 lug. 1870, A. IV, I, 225.

[2] Merlin, Rép. v° Mariage, sect. IV, § 2; Duranton, II, 234; Marcadé, art. 170, 1; Demolombe, III, 218 e 219; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 110.

[3] Merlin, loc. cit. sect. V, § 2, 9 e Quest. § 7, n. 1 e 2; Aubry e Rau, loc. cit.

[4] Demolombe, III, 221.

[5] Foelix, Des mariages contractés en pays étranger, p. 3-15; Duranton, II, 238; Valette su Proudhon, I, 412 e Explication somm. Du L. I. du Cod. Napol.

nerlo segreto alla nazione italiana. I terzi però che avessero contrattato co'coniugi come se fossero fra loro estranei, o al più concubinari, avranno diritto contro di essi al risarcimento dei danni che loro può aver cagionato la clandestinità frodolenta del loro matrimonio; nè in specie gli atti fatti da loro con la donna maritata saranno soggetti all'azione di nullità per difetto di autorizzazione.

Inoltre il cittadino che ha celebrato il matrimonio in paese estero deve nei tre mesi dal suo ritorno nel Regno farlo iscrivere nei registri dello stato civile del comune dove avrà fissato la sua residenza, sotto pena di una multa estensibile a lire cento (art. 101). Tale iscrizione è obbligatoria allora solo che gli sposi non abbiano preferito di far ricevere l'atto di matrimonio dagli agenti diplomatici o consolari residenti nel paese estero in cui il matrimonio fu celebrato (art. e arg. art. 363).[1] Ove fossero trascorsi i tre mesi, l'iscrizione non può farsi che in forza di sentenza di rettificazione dell'atto dello stato civile di matrimonio; ma può farsi in qualunqe tempo e anche dopo lo scioglimento del matrimonio per morte di uno o di ambidue i coniugi (art. 401 e seg.).[2]

L'omissione anche perpetua dell'iscrizione non produce la nullità del matrimonio celebrato in paese estero (arg. art. 101).

---

p. 8; Duvergier su Toullier, I, 578, not.; Massé e Vergé sur Zachariae, I, p. 182-183; Aubry e Rau, loc. cit.; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 288; Demante, I, 242 bis; Demolombe, III, 225; Mourlon, I, 601-603; C. C. Paris, 25 febr. 1839; 18 ag. 1841; 14 giug. 1845; 9 novembre 1846; Bordeaux, 14 mag. 1850; Caen, 22 mag. 1850; Bordeaux, 14 gen. 1852; Paris, 9 lug. 1853; C. C. Paris, 28 marzo 1854; 8 novembre 1853; Pau, 24 marzo 1859; Bastia, 7 maggio 1859; *contro* Delvincourt, I, p. 68, not. 4; Taulier, I, p. 288 e seg.; Marcadé, art. 170, II, che opinano per la nullità assoluta, e Merlin, Rép. v° Bans de mariage, § 1 e 2; Vazeille, I, 158, e Zachariae, III, p. 312-314, che opinano per la validità assoluta del matrimonio.

[1] Noto ciò; perchè potrebbe sembrare a primo avviso che la disposizione dell'articolo 101 fosse applicabile anco in questa ipotesi.

[2] Toullier, I, 579; Duranton, I, 239-240; Merlin, Rép. Quest. v° Mariage, § 14; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 113; Demant, I, 243 bis, 2; Demolombe, III, 228 e 229; Mourlon, I, 599.

Quindi i coniugi e i loro figli godranno di tutti i diritti, come saranno gravati di tutti gli obblighi inerenti al matrimonio; quindi, esempligrazia, la moglie gode dell'ipoteca legale e del diritto di domandare la nullità degli atti compiuti senza l'autorizzazione del marito, e i figli godono del beneficio della legittimità e della capacità di succedere ai loro genitori e agli altri parenti.[1]

155. Quanto poi alla capacità di contrarre matrimonio, gli sposi cittadini, quantunque intendano di celebrarlo in paese straniero e secondo la forma prescritta dalla legge straniera, rimangono soggetti alla loro legge personale; essendo regolata dalla legge della nazione a cui appartengono (art. 6 Disp. prelim.): in altri termini si trovano soggetti alle disposizioni del Capo I di questo Titolo (art. 100).[2] Quindi, esempligrazia, innanzi alla legge italiana non sarebbe valido il matrimonio contratto in paese estero da un cittadino italiano che non avesse superato i venticinque anni senza il consenso de'suoi genitori, sebbene la legge di quel paese non richiegga affatto tale consenso, o almeno sino a tale età; così ancora non sarebbe valido il matrimonio contratto dalla vedova di un coniuge ucciso coll'uccisore, quand'anche tale impedimento non sia ammesso dalla legge del paese in cui viene celebrato.[3] Del pari la donna che vi contraesse il matrimonio prima che siano decorsi dieci mesi dallo scioglimento o dall'annullamento del matrimonio, in spreto dell'articolo 57, incorrerebbe nelle penalità stabilite dall'articolo 128.

156. Se uno degli sposi sia cittadino e l'altro straniero, il matrimonio in paese, estero deve essere celebrato sempre avanti le autorità di tal paese, secondo le forme quivi stabilite. Non può celebrarsi avanti gli agenti diplomatici o i consoli del

---

[1] Consulta, tenendo però il debito conto delle differenze di législazione, Toullier, Duranton, Merlin, Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, art. 471; Taulier, I, 289; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 296; Demolombe, III, 229.

[2] Consulta la sentenza della Corte di Napoli, 4 feb. 1870, A. IV, II, 283.

[3] Demolombe, III, 517.

Regno, per essere incompetenti riguardo allo straniero (arg. *a contr.* art. 368).[1]

Ma lo sposo cittadino rimane soggetto alle leggi del Regno in ordine tanto alle sopraddette formalità delle pubblicazioni e della iscrizione dell'atto di matrimonio, quanto alla sua capacità di contrarre matrimonio (art. 100 e 101).

Quanto alla capacità dello straniero, essa rimane determinata dalla sua legge personale.

157. Tralasciato dal notare, che stranieri possono validamente contrarre matrimonio in Italia, essendo ammessi al godimento dei diritti civili attribuiti ai cittadini (art. 3), i matrimoni sia fra stranieri, sia fra stranieri e cittadini, che si vogliono celebrare nel Regno, sono regolati dalla legge italiana per quanto concerne la forma della celebrazione, il modo di provarne l'osservanza, le pubblicazioni nel caso che lo straniero risieda nel Regno (art. 103 capov.). Nulla però impedisce agli sposi di celebrare il matrimonio avanti i loro regii agenti diplomatici e consolari residenti nel Regno.

Quanto alla capacità di contrarre matrimonio, essa rimane sempre regolata dalle rispettive leggi personali.

E perchè la capacità dello straniero sia autenticamente certificata all'uffiziale dello stato civile italiano che deve procedere alla celebrazione del matrimonio, lo straniero deve presentargli una dichiarazione dell'autorità competente del paese a cui appartiene, dalla quale consti che, giusta le sue leggi personali, nulla osta al divisato matrimonio (art. 103).

Dal principio, che la capacità di contrarre matrimonio è regolata dalla rispettiva legge personale, segue che uno straniero non potrà contrarre matrimonio in Italia, se la sua legge ammetta qualche impedimento dirimente sconosciuto alla legge italiana. Così, esempligrazia, due Ticinesi adulteri non potrebbero contrarre in Italia matrimonio, sebbene la legge italiana loro non lo vieti. Ma l'incapacità, risultante da pro-

---

[1] Vedi Merlin, Rép. v° État civil (actes de l') § 2; Marcadé, art. 48; Demolombe, III, 230; Aubry e Rau, IV, § 468, 2°, pag. 109; Mourlon, I, 595.

scrizioni politiche o da condanne penali pronunziate nel paese estero, non impedisce allo straniero che ne è stato colpito di contrarre nel Regno un matrimonio valido per la legge italiana;[1] in quanto però la proscrizione e la sentenza cadono sotto la censura dell'articolo 12 delle Disposizioni preliminari. Se non che essendo d'ordine pubblico gli impedimenti stabiliti dalle disposizioni contenute nel Capo I di questo Titolo; siano dirimenti, come il vincolo di precedente matrimonio; la parentela e l'affinità; siano proibitivi, come il lutto vedovile; lo straniero non può celebrare il matrimonio in Italia, se gli osti alcuno di detti impedimenti; sebbene il dato impedimento, non sia riconosciuto dalla sua legge personale (art. 102 capov.). Quindi, esempligrazia, due Ticinesi che abbiano compiuto gli anni venti, ma non gli anni venticinque, non possono contrarre validamente matrimonio in Italia senza il consenso degli ascendenti, sebbene la legge ticinese non lo richiegga che pei giovani inferiori agli anni venti: del pari una Francese non potrebbe contrarre matrimonio in Italia con l'uccisore di suo marito. Dal medesimo principio deriva che un cittadino non possa contrarre matrimonio con una straniera, e viceversa, quando vi osti un impedimento stabilito contro di lui dalla legge italiana. Così un Italiano non potrà contrarre matrimonio con una straniera congiunta a lui in parentela o in affinità nei gradi considerati negli articoli 58 e 59; sebbene la legge straniera non vieti a lei tal matrimonio; così ancora un'Italiana non potrà maritarsi a un Maomettano congiunto in altro matrimonio, quantunque il Corano ammetta la poligamia.[2] Del resto lo straniero stesso sarebbe incapace per legge italiana, giusta le precedenti spiegazioni.

---

[1] Aubry e Rau, IV, § 416.
[2] Duranton, II, 164, 165; Aubry e Rau, loc. cit. p. 117.

CAPO VI.

DELLE DOMANDE PER NULLITÀ DI MATRIMONIO

SOMMARIO

158. Un matrimonio, non ostante che sia stato celebrato con tutte le formalità prescritte dalla legge e senza esservi stata opposizione di sorta, può non avere esistenza giuridica, per mancanza di una delle condizioni necessarie alla sua esistenza; ed essere annullabile per mancanza di una delle condizioni necessarie alla sua validità.

Già fu detto che il matrimonio è nullo, ossia si considera come non esistente, ove sia stato contratto da due persone che non fossero state di sesso diverso, ove uno dei contraenti non abbia prestato il consenso necessario per la formazione del medesimo, ove in fine non sia stato celebrato davanti l'uffiziale dello stato civile.[1]

Qui resta a considerare sol questo, che ogni persona ed in ogni tempo ha il diritto di disconoscere per via di eccezione gli effetti del preteso matrimonio, senza che possa essergli opposta la prescrizione o la ratifica impossibile su di un atto inesistente, o la rinunzia che mai avesse fatto a tale eccezione.[2]

---

[1] Vedi sopra n. 104.

[2] Marcadé, tom. II, tit. V, du mariage prelim.; Demolombe, III, 241.

Quanto poi all'azione di nullità, essa evidentemente non può essere mai diretta contro un matrimonio inesistente, non potendo annullarsi il nulla. Tuttavia ove in qualsiasi ipotesi nasca controversia sulla esistenza o inesistenza di un matrimonio, quegli che pretende che sia inesistente, dovrà adire l'autorità giudiziaria, perchè dichiari in realtà che il preteso matrimonio non esiste. Così se il matrimonio sia stato celebrato avanti l'uffiziale dello stato civile (per esempio, da due persone dello stesso sesso, o da un demente che non sia *compos sui*) e ne esista perciò un titolo apparente, che venga opposto ad uno dei due che vi sono indicati, mentre intende di contrarre reale e valido matrimonio, l'autorità giudiziaria dovrà all'uopo dichiarare inesistente il matrimonio constatato da tal titolo, e togliere a questo sinanco la sua apparente esistenza. Del pari se un atto di matrimonio constatasse avere io contratto il matrimonio con Tullia, mentre in realtà non vi ho mai consentito, la sola autorità giudiziaria potrà dichiarare inesistente il matrimonio suddetto; e togliere ogni fede all'atto suddetto sulla querela di falso in via civile mossa contro lo stesso uffiziale dello stato civile, sia da me, sia da Tullia (art. 1317).

La dichiarazione della inesistenza del matrimonio può esser dimandata da chiunque vi abbia interesse. Tale dimanda può promuoversi in qualunque tempo, non essendo neppure concepibile che una prescrizione qualunque possa dar vita al nulla, ad un matrimonio che non esiste.[1]

Quanto alla competenza del tribunale avanti cui deve promuoversi, essa è regolata dai principii generali di diritto; dovrà cioè promuoversi avanti il tribunale del domicilio del convenuto.[2]

159. Sono poi matrimoni nulli o meglio annullabili quelli che hanno esistenza giuridica, soggetta però ad essere annullata

---

[1] Consulta Marcadé e Demolombe, loc. cit.; Aubry e Rau, IV, 8; Mourlon, I, 646; Laurent, II, 440-445.

[2] Laurent, II, 446.

per cause determinate dalla legge. Dico, per cause determinate dalla legge; perciocchè riguardo al matrimonio non si danno nullità virtuali, sia perchè dichiarando essa la nullità con particolari disposizioni, non si possono ammettere altre nullità che, non stabilite da essa, non si sono al certo da essa volute, sia perchè l'annullamento di un matrimonio è sempre di grave male (rimanendone turbata la famiglia e quasi scandalizzata la società), da non doversi mai per nessun verso lasciare all'arbitrio del giudice.

160. Le cause della nullità sono d'interesse generale della società, o d'ordine pubblico, o d'interesse particolare di certe persone; le prime producono nullità assolute, le seconde nullità relative.

Come in generale, così in ispecie riguardo al matrimonio le nullità assolute possono essere proposte da tutte le persone aventi interesse morale o pecuniario, e, attese le sue intime attinenze coll'ordine sociale, dal pubblico ministero; e sono in generale insanabili o irreparabili e perpetue. Al contrario le nullità relative possono essere dimandate soltanto da quelle persone nel cui interesse sono state stabilite dalla legge; e sono sanabili o riparabili.

Ma trattisi di nullità assoluta o di nullità relativa del matrimonio, il promuoverla è facoltativo e non percettivo per le persone autorizzate dalla legge a farla valere. Ciò è vero anche riguardo al pubblico ministero.[1]

161. Dividerò la materia in quattro parti; discorrendo

1° Delle nullità assolute;

2° Delle nullità relative;

3° Delle regole comuni ad ambedue le specie di nullità;

4° Degli effetti de' matrimoni annullati.

---

[1] Non può dubitarsi di questa decisione; essendo le relative disposizioni legislative concepite nella forma facoltativa di *potere* e non dalla precettiva del *dovere*.

SEZIONE I.

DELLE NULLITÀ ASSOLUTE DEL MATRIMONIO

SOMMARIO

162. Le cause delle nullità assolute sono; oltre i quattro impedimenti dirimenti assoluti della mancanza di età legale, del vincolo del precedente matrimonio, della parentela ed affinità e del crimine;[1] la incompetenza dell' uffiziale dello stato civile e la mancanza dei testimoni.[2] Laonde in definitiva le cause della nullità assoluta del matrimonio sono sei.

163. Non possono dimandare la nullità di un matrimonio se non quelle persone designate e autorizzate formalmente dalla legge, essendo anche a questo riguardo ristrettive le sue disposizioni; perchè il matrimonio per le sue intime ed essenziali attinenze coll' ordine sociale non può lasciarsi esposto all' impugnativa di chicchessia, che potrebbe essere animato eziandio da malvagia passione.[3]

---

[1] Vedi sopra n. 106, 117-119.
[2] Vedi sopra pag. 122, nota 1.
[3] Laurent, II, 433.

Le persone che, secondo le varie cause, possono domandare la nullità di matrimonio sono:

1º Gli sposi;

2º Gli ascendenti;

3º Il consiglio di famiglia o di tutela;

4º Tutti quelli che vi hanno interesse legittimo e attuale;

5º Il pubblico ministero;

6º Il coniuge a danno del quale fu contratto un secondo matrimonio.

Dalle prime cinque classi di persone può essere domandata la nullità del matrimonio per tutte e sei le cause; dalla sesta per la sola bigamia. Ma per causa della bigamia la nullità del secondo matrimonio non può essere promossa da veruno, ove sia stato contratto, essendo dichiarato o anche solamente presunto assente il coniuge con cui era stato contratto il precedente; perciocchè nella incertezza della vita di quest'ultimo, l'annullamento del secondo matrimonio sarebbe più ingiusta e grave cosa che il suo provvisorio stato di validità (art. 113 capov.).

164. Innanzi tutto la nullità del matrimonio per qualunque delle sopraddette cause, può essere dimandata dagli sposi, come quelli che vi sono principalmente e direttamente interessati. Può essere dimandata indistintamente dall'uno e dall'altro, quantunque la causa di nullità proceda da uno solo di essi. Così, esempligrazia, in caso di mancanza di età dell'un de' due sposi, la nullità del matrimonio può essere dimandata anche da quello il quale era giunto all'età legale richiesta per la validità del matrimonio, quando lo contrasse; senza distinguere, se questi sapeva o ignorava che l'altro non aveva raggiunto l'età legale. Del pari nel caso che il matrimonio sia nullo per bigamia o per crimine, tal nullità può essere richiesta anche dal bigamo e dall'autore o complice del reato, essendo pur sempre vero che la nullità è comune ad ambidue, sebbene procedente da causa propria ad uno de'due.[1]

---

[1] Merlin, Rép. vº Mariage, sect. VI, § 2; Quest. I, art. 184; Toullier, I, 623 e 632; Duranton, II, 315, 316, 324 e 325; Aubry e Rau, loc. cit.; Demo-

165. La nullità del matrimonio per tutte le anzidette cause può essere dimandata eziandio dagli ascendenti dell'uno e dell'altro sposo, avendovi anch' essi interesse morale, commisto sovente a interesse pecuniario (art. 138 e 140). Può essere dimandata da essi, quand' anche la causa della medesima riguardi un solo degli sposi e questo non sia suo ascendente; come, esempligrazia, nel caso che il coniuge del suo discendente non avesse raggiunto l' età legale richiesta per la valida celebrazione del matrimonio.[1]

Se gli ascendenti sono in grado ineguale, i più prossimi escludono gli altri, giusta che esige la gerarchia della famiglia, nel cui interesse l'azione di nullità è concessa agli ascendenti. Quindi, se esista e possa esercitare l'azione di nullità il padre o la madre di uno degli sposi, non sono ammessi a sperimentarla i suoi avi, per quanto ingiustificabile, anzi condannabile sia l'astensione de' primi.

Quanto agli ascendenti prossimi e di egual grado, essi hanno tutti in concorso il diritto di promuovere la nullità del matrimonio de' loro discendenti, senza distinzione di linea e di sesso. Quindi la madre di uno degli sposi può dimandare la nullità del matrimonio contratto da suo figlio, benchè non la promuova il padre; quantunque capace. Del pari l' ava materna potrà promuoverla, sebbene se ne astengano l'avo e l'ava paterni, e l'avo materno.[2]

---

lombe, III, 300; Laurent, II, 467; Bianchi, II, 36. Può parer grave la decisione nei due ultimi casi; apparendo contraria alla massima: *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Ma si rifletta che il matrimonio contratto è contrario alle leggi d'ordine pubblico e del buon costume; avanti alle quali convien che ceda quella massima, la quale veramente domina nell'ordine degl'interessi privati e pecuniari.

[1] Vazeille, I, 246; Aubry e Rau, loc. cit.; Demolombe, III, 302; Bianchi, II, 37 e 46.

[2] Nella prima edizione, traendo argomento dalle leggi concernenti la prestazione del consenso dei genitori e ascendenti degli sposi, e l'esercizio della patria potestà e della tutela legittima, stabilii fra gli ascendenti dello stesso grado un analogo ordine di preferenza. Ma, quantunque quella mia decisione

Se ambedue gli sposi o uno di essi non abbia ascendenti, la nullità del matrimonio può essere dimandata dal consiglio di famiglia o di tutela, non solo quando sia fondata sulla mancanza di età (art. 111); ma anche quando derivi da qualunque delle altre cinque cause (arg. art. 111 cit.).[1]

166. La nullità assoluta del matrimonio può essere dimandata eziandio per tutte le sei cause sopraddette da tutti coloro che vi abbiano interesse legittimo ed attuale (art. 104). La legge ha qui riguardo a interessi pecuniari, siano o no di successione. Quindi la nullità può essere dimandata non solo da quelli cui il matrimonio priva di una successione, di una donazione, di un legato loro lasciato sotto la condizione che il preteso coniuge non si fosse congiunto in matrimonio o non avesse avuto figli legittimi,[2] ma eziandio dai terzi che abbiano

---

fosse appoggiata all'autorità di molti giureconsulti francesi, e sia seguita integralmente dal professor Buniva (Del diritto delle persone, pag. 211), e sino ad un certo punto dal professor Bianchi (II. 37); tuttavia reputo che non possa conciliarsi compiutamente col testo di legge. Perocchè questa regola l'ordine de' gradi, dando la preferenza agli ascendenti di grado prossimiore; ma nulla dispone intorno all'ordine delle persone ascendenti dello stesso grado. Questo silenzio, al contrario, non si è tenuto da essa, ove ha creduto di dar preferenza ad uno degli ascendenti di grado eguale (art. 63, 64, 220, 244). Ma v'ha di più, l'interesse morale e pecuniario, in base al quale gli ascendenti sono investiti del diritto di esercitare l'azione di nullità del matrimonio celebrato dai loro discendenti è in generale eguale per loro, ove siano di grado eguale (consulta Aubry e Rau, IV, § 461, pag. 54; Marcadé, art. 174, III; Laurent, II. 490).

[1] Demolombe, III, 304; Bianchi, II, 38. Vedi tuttavia Laurent, II. 491; avvertendo però che questo insigne professore è qualche volta troppo inesorabilmente logico.

[2] Tale sarebbe il caso che Primo, morendo, lasciasse un fratello e un nipote nato da un matrimonio nullamente celebrato da suo figlio: l'eredità di Primo se il figlio fosse morto, o indegno di succedere, o rinunziasse all'eredità paterna non può essere raccolta dal fratello, che domandando la nullità del matrimonio e togliendo al nipote il possesso di legittima filiazione. Tale ancora sarebbe il caso che Primo avesse due figli di un primo matrimonio e uno di un secondo nullamente celebrato, e che uno de' primi morisse: l'eredità di questo non può essere raccolta per intero dal suo germano, se non distruggendo la legittimità del consanguineo col mezzo dell'annullamento del matrimonio; però

contratto con la presunta moglie senza l'autorizzazione del presunto marito; e quella eccepisca la mancanza di tale autorizzazione contro la validità del contratto; e dai creditori degli sposi ai quali interessi che sia cancellata l'ipoteca legale gravante i beni del presunto marito, o che siano annullate le convenzioni matrimoniali.[1]

L'interesse deve essere legittimo, deve cioè essere riconosciuto e garantito dalla legge; deve essere eziandio attuale, cioè acquisito; quindi gli eredi presuntivi non hanno il diritto di promuovere la nullità del matrimonio contratto dalle persone, sulle cui eredità pretendono diritti; potranno però sperimentarli nel giorno, ove in effetto sieno loro devoluti, e il matrimonio celebrato pregiudichi alle loro ragioni. Ma se chi avrebbe avuto interesse legittimo e attuale all'esercizio dell'azione di nullità vi avesse rinunziato, o lo avesse perduto per prescrizione, non potrebbe certamente valersi più dell'azione suddetta.

167. Finalmente il pubblico ministero può per tutte e sei le cause anzidette domandare la nullità del matrimonio, purchè sieno viventi ambedue i coniugi, in quanto che colla morte di uno di essi viene a cessare l'interesse che la società aveva all'annullamento del matrimonio (art. 104 e 114).

168. Quanto al coniuge, esso insieme alle persone precedentemente nominate, può in qualunque tempo impugnare il secondo matrimonio dell'altro coniuge (art. 113). Può impugnarlo quand'anche sia prescritta l'azione criminale contro la bigamia[2] e quantunque il coniuge bigamo sia morto (arg. *a contr.* art. 114).

---

può piacere che il figlio superstite del primo letto non possa dimandare la nullità del matrimonio vivente il padre, pel dovere che ha di onorarlo e rispettarlo; mentre l'azione di nullità di matrimonio può cagionargli gravissima ferita. Vedi Proudhon, I, 440; Demolombe, III, 307; Marcadé, art. 184 in fine; Mourlon, I, 665, 666; ma quest'ultimo non ammette questa benigna e rispettosa limitazione.

[1] Proudhon, De l'usufruit, n. 2345; Aubry e Rau, IV, 55; Duranton, X, 562; Valette su Proudhon, I, 428, not. *b*; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 327; Demolombe, III, 305; Marcadè, art. 184; Mourlon, I, 667; Bianchi, II, 40.

[2] Merlin, Rép. v° Mariage, sect. VI, § 2, art. 184; Laurent, II, 472.

Il coniuge attore deve provare l'esistenza del suo matrimonio, essendo il fondamento della sua azione. Il convenuto alla sua volta può opporre la nullità assoluta o relativa del primo matrimonio. In tal caso l'opposizione dovrà essere preventivamente giudicata (art. cit.); perciocchè la nullità del secondo matrimonio dipende dalla validità del primo; di guisa che quella opposizione fa sorgere una quistione pregiudiziale. Ove tale opposizione o eccezione venga respinta, come se, per esempio, la nullità non fosse stata più proponibile per essere stata sanata, si farà luogo a proseguire il giudizio di nullità.

169. Delle nullità assolute, quattro sono insanabili o irreparabili, le altre due sono sanabili o riparabili: le quattro irreparabili sono quelle derivanti dal vincolo di parentela, dal vincolo di un precedente matrimonio, dal crimine e dalla mancanza di testimoni; sanabili sono le altre due, che hanno per causa l'incompetenza dell'uffiziale dello stato civile e la mancanza di età legale.

Le nullità insanabili rimangono tali in perpetuo. Non v'è decorso di tempo, quand'anche, per così dire, immemorabile, nè altro avvenimento che possa sanarlo. Così la morte del coniuge, a cui pregiudizio fu contratto un secondo matrimonio, non lo rende valido; solamente i figli che nascessero dopo tale morte, sarebbero semplicemente naturali e non adulterini.[1] Del pari la dispensa del vincolo di parentela e di affinità, che si ottenesse dopo celebrato il matrimonio, non sana punto la nullità del matrimonio contratto in onta a tale impedimento dirimente.[2]

170. In primo luogo, come si diceva, è sanabile la nullità per incompetenza dell'uffiziale dello stato civile; in quanto che la legge dichiara formalmente non poter essere proposta da chicchessiasi, decorso che sia un anno dalla celebrazione del matrimonio. Non deve distinguersi, se siavi stata o no coabitazione (art. 104, capov. 2).[3]

---

[1] Merlin, Rép. v° Mariage, sect. VI, § 2, n. 5. Quest. sull'art. 184; Aubry e Rau, loc. cit.; Demolombe, III, 314; Bianchi, II, 51.

[2] Vedi Laurent, II, 474.

[3] Consulta la Relazione Vacca, e Bianchi, II, 69.

Col decorso dell'anno la nullità resta sanata in un modo assoluto, ossia di fronte a tutti.

171. In secondo luogo la nullità del matrimonio procedente da mancanza dell'età legale, può essere riparata in modo assoluto e relativo, cioè o di fronte a tutte le persone che avrebbero potuto altrimenti promuoverla, o di fronte ad alcune di esse soltanto.

L'anzidetta nullità si ha per riparata in modo assoluto in due casi.

In primo luogo, quando sieno trascorsi sei mesi dopo raggiuntasi dallo sposo o dalla sposa l'età legale richiesta per la valida celebrazione del matrimonio (art. 110). Ciò esige il rispetto alla moralità, all'ordine delle famiglie e all'interesse generale, apparendo evidentemente contrario a tali supremi beni che sia lasciata incerta per lungo tempo la sorte di tal matrimonio; specialmente ove si consideri che i coniugi possono vivere insieme, anzi convivono ordinariamente insieme in base appunto alle nozze celebrate e che hanno un' esistenza materiale e giuridica; d'altra parte la permanenza nel matrimonio per sei mesi dopo cessato l'impedimento non può non fare arguire una tacita approvazione al matrimonio nullamente contratto. È indifferente che l'età legale mancasse all'uno e all'altro sposo o all'uno dei due soltanto; nel primo caso però è necessario che ambidue gli sposi abbiano raggiunto da sei mesi l'età legale; in vero finchè per l'un de'due continua a sussistere l'impedimento, il matrimonio rimane soggetto all'azione di nullità per la permanente esistenza della causa di essa in uno de'due sposi. È pure indifferente che siavi stata o no coabitazione fra gli sposi.[1]

I sei mesi incominciano a decorrere dal giorno in cui l'uno degli sposi o ambidue abbiano raggiunto l'età legale; senza distinguere se breve o lungo tempo sia trascorso dalla celebrazione del matrimonio, e se questo fu celebrato dagli sposi

[1] Aubry e Rau, IV, § 7; Demante, I, 268 bis, 5; Demolombe, III, 320; Laurent, II; Bianchi, II, 47.

in tale età che avrebbero potuto ottenere la dispensa dell'età legale, o prima. Il decorso dei sei mesi importa decadenza e non prescrizione dell'azione; e nuoce perciò anche alle persone, a favore delle quali è sospesa la prescrizione, o che abbiano creduto di fare atti interruttivi di prescrizione. La decadenza s'incorre individualmente dalle singole persone che non abbiano promosso in tempo utile l'azione di nullità; di guisa che essa non pregiudica punto all'azione utilmente introdotta da una di esse.

In secondo luogo, quando la sposa, ancorchè non giunta all'età legale, sia rimasta incinta (art. 110 2°).

La gravidanza della sposa sana la nullità, quando deriva da mancanza dell'età di lei, e non dello sposo, perchè nel primo caso essa esclude di fatto la impubertà della sposa, mentre nel secondo non può produrre la certezza della pubertà dello sposo.[1] È poi indifferente che la sposa sia rimasta incinta

---

[1] Il professor Bianchi (II, 48) dopo riconosciuto, essere decisione comune fra gl'interpreti del diritto francese che la gravidanza della sposa non sana la nullità del matrimonio, nel caso che lo sposo non abbia raggiunta l'età legale, reputa che tale decisione non sia conforme al nostro testo. Egli ritiene col compianto Marcadé che la sola e vera ragione di quella decisione nel diritto francese sia il testo formale dell'articolo 185 (Cod. Nap.). Questo è concepito ne'seguenti termini: « Néanmoins le mariage contracté par des époux qui n'avaient point ancore l'âge requis, ou dont l'un des deux n'avait point atteint cet âge, ne peut plus être attaqué... 2° lorsque la femme qui n'avait point cet âge a conçu avant l'échance de six mois. » L'articolo corrispondente 110 del nostro Codice è invece formulato con questi termini. « Il matrimonio contratto da persone delle quali anche una sola non fosse pervenuta all'età fissata, non potrà essere impugnato... 2° quando la sposa, ancorchè non giunta a tale età, sia rimasta incinta. » Or bene; l'egregio professore crede che, mentre nel Codice francese si suppone assolutamente che *la sposa non avesse l'età competente*, il nostro testo parlando della sposa, *ancorchè non giunta a tale età*, comprende anche il caso che essa avesse l'età competente e ne mancasse invece lo sposo. Innanzi tutto osservo che l'articolo 142 del progetto del compianto Miglietti era pressochè identico all'articolo 185 del Codice Napoleonico; imperocchè era concepito in questi termini: « Il matrimonio contratto da persone che non fossero pervenute all'età fissata, non potrà più essere impugnato... 2° quando la sposa, che non era ancor giunta a tale età, abbia concepito prima

subito dopo la celebrazione del matrimonio, o qualche tempo appresso. Che anzi è indifferente che sia rimasta incinta prima o dopo che sia stato introdotto il giudizio di nullità. Se poi sia rimasta incinta prima della celebrazione del matrimonio, reputo del pari che la nullità del matrimonio non possa do-

---

della scadenza de'sei mesi. » L'articolo 107 del progetto Pisanelli era la copia letteralissima dell'articolo 142 del progetto Miglietti. La Commissione del Senato modificò l'articolo 107 del progetto Pisanelli; formulandolo in questi termini: « Il matrimonio contratto da persone, di cui l'una od ambedue non fossero pervenute all'età fissata, non potrà più essere impugnato.... 2° quando la sposa, ancorchè non giunta a tale età, sia rimasta incinta. » Di questa modificazione non si trova verbo nella relazione; è perciò da ritenere che riguardi solo la forma; perchè altrimenti, come in tutti gli altri luoghi, non avrebbe la Commissione trascurato di notare la variazione che apportava al diritto francese; specialmente ove si consideri che l'articolo 119 della Commissione senatoria si avvicina, nella prima parte, al testo francese più assai degli altri de'due progetti Miglietti e Pisanelli. Nè ciò è tutto. L'articolo subì altra modificazione prima di divenir testo di legge; per quali ragioni? Nel silenzio completo dei processi verbali della Commissione di coordinamento, è da credere che sia stato un ritocco di forma per parte di revisori letterati che forse non sospettarono neppure il gran male che avrebbero potuto fare, curandosi della eleganza letteraria senza badare innanzi tutto al pensiero giuridico; gittando per tal guisa il dubbio, l'equivoco in disposizioni legislative che in forme meno eleganti sarebbero state più chiare, almeno per l'interpretazione ricevutane. Ma tornando al soggetto; questo cenno storico parmi basti a dimostrare che non bisogna fare grande assegnamento sulle differenze letterali fra i testi. In merito poi, a me sembra che il senso naturale, spontaneo della espressione adoperata dal nostro legislatore sia perfettamente lo stesso che quello del Codice Napoleonico. Parmi che con quella espressione il Legislatore abbia accennato, che considera come cosa contraria all'ordine consueto delle cose, che la donna concepisca prima di aver compiuto l'età di quindici anni; imperocchè la congiunzione *ancorchè* è *contrariante*, come spiegano i lessici. E doveva considerar tale l'eventuale concepimento; perchè fra i motivi per cui ha fissato per gli sposi quell'età per la capacità di contrarre matrimonio, figura e non ultimo questo, che la pubertà, almeno la piena, la compiuta, direi quasi, la forte si raggiunge ordinariamente all'età di quindici anni dalla donna, all'età di diciotto dall'uomo. Il sullodato professore fa un'altra osservazione testuale. Egli dice che il nostro testo usa nella prima parte espressioni generali; imperocchè « parla del matrimonio contratto da persone *delle quali anche una sola non fosse pervenuta all'età fissata*, senza distinguere se chi non vi è pervenuto sia lo sposo o la sposa. » Ma che

mandarsi per mancanza dell'età di lei, dovendo sempre la presunzione di legge cedere alla verità delle cose manifestatesi, in modo chiaro e certo. Nè a questo riguardo deve distinguersi se abbia partorito prima o dopo della celebrazione del matrimonio, e se il marito disconosca o no la prole; essendo la

forse non ha la stessa estensione l'espressione usata nel Codice Napoleonico, *dont l'un des deux n'avait point atteint cet âge?* Dalle ragioni testuali passando alle logiche, il distinto Professore nota, come l'attitudine degli sposi alla procreazione, non è il solo motivo che abbia determinato il Legislatore nello stabilire l'età in cui è permesso di contrarre matrimonio. È vero, vi sono stati altri motivi; ma quel motivo fuvvi del pari, anzi fu il primo e il principale; chè altrimenti per raggiungere altri scopi elevatissimi, sarebbe stato necessario che il Legislatore avesse stabilito età ben maggiore per la capacità giuridica del matrimonio. Se ciò è, e non può, secondo che reputo, contestarsi, la ragione per cui viene a estinguersi l'azione di nullità, è l'attitudine reale, effettiva della donna minore di quindici anni, al matrimonio in ordine alla procreazione della prole. Al contrario la gravidanza della donna pubere, moglie di una persona legalmente impubere, non dimostra necessariamente la pubertà naturale di questo. Non è poi da trascurare quest'ultima osservazione, che la differenza stabilita incontrastabilmente dal Codice Napoleonico è giustificata con le stesse ragioni che mi hanno indotto a interpretare nello stesso senso il testo del nostro articolo 110. « La raison de la différence, spiega fra gli altri il Laurent (II, 470) que la loi met entre le mari impubère et la femme pubère, est sensible. Quand la femme conçoit avant l'expiration du délai de six mois, il est certain qu'elle est pubère, la grossesse étant un fait qui peut se prouver avec le même degré de certitude que les faits en général. Il n'en est pas de même de la puberté du mari. De ce que sa femme conçoit, on ne peut pas conclure que lui soit pubère; la paternité est toujours incertaine, et elle l'est surtout quand le mari n'a pas atteint l'âge de puberté légale. » Lo stesso professor Bianchi, pur riconoscendo che la gravidanza della sposa non produce la certezza della pubertà dello sposo, dice, supplire alla mancanza della certezza naturale la presunzione legale che chi è concepito durante il matrimonio sia figlio del marito. Sì, ma la legge suppone il marito potente alla generazione (art. 164); mentre al contrario essa ritiene impotente il giovane minore di diciotto anni. E notate che accettando la decisione del Professore di Parma; essa dovrebbe applicarsi anco allora che il marito sia un fanciullo di dodici o tredici anni, che per legge fisiologica è certamente impubere; e la moglie sia una donna di trenta e più anni. Non dimentichiamo che il matrimonio è stato contratto in onta alla legge; e ciò solo deve renderci guardinghi a non contentarci facilmente di presunzioni, di possibilità di pubertà.

quistione della legittimità di questa senza influenza sulla nullità o validità del matrimonio.[1]

Per constatare la gravidanza esistente al momento in cui è promossa la domanda di nullità, e prevenirla in pendenza di giudizio, spetta al tribunale prendere que' provvedimenti che le circostanze di fatto esigeranno.[2]

172. È poi sanabile, o meglio non è proponibile la nullità di matrimonio per mancanza di età legale dagli ascendenti, dal consiglio di famiglia o di tutela, quando questi vi abbiano consentito (art. 111).

È inteso che abbia acconsentito al matrimonio quegli che dalla legge era chiamato a consentirvi; di modo che il consenso prestatovi da altra persona non toglie neppure a questa la facoltà d'impugnare il matrimonio stesso; ove tale facoltà per fatti posteriori venga ad appartenerle. Così, se esistenti i genitori di un impubere, l'avo abbia consentito al matrimonio di lui, potrà l'avo medesimo dimandarne la nullità, se prima che questa si sani, vengano a mancare i nominati genitori.[3] Del resto ancora qui la ratifica equivale al consenso.[4]

Ma l'azione di nullità del matrimonio basata sulla mancanza di età rimane salva per gli sposi, pel pubblico ministero e per tutti quelli che vi hanno un interesse legittimo e attuale (art. e arg. *a contr.* art. 111).[5]

173. La nullità del matrimonio per mancanza dell'età legale non rimane sanata da verun'altra causa, oltre le tre nominate; in specie non rimane sanata nè dalla conferma espressa o tacita

---

[1] Consulta Bianchi, II, 49; ma nota le nostre discordanze e cercane le ragioni nella nota precedente.

[2] Vedi Toullier, I, 621, nota 1; Vazeille, I, 243; Demolombe, III, 321; Bianchi, loc. cit.

[3] Duvergier su Toullier, I, 627, not. 6; Demolombe, III; Laurent, II, 471; Bianchi, II, 49; *contro* Vazeille, Du mariage, I, 244.

[4] Delvincourt, I, 71, n. 10; Duvergier su Toullier, I, 627, n. 6; Demolombe, III, 322; Aubry e Rau, IV, p. 56.

[5] Dott. cit. loc. cit.; Bianchi, II, 49.

data al matrimonio dagli sposi,[1] nè dalla dispensa dell'età ottenuta posteriormente alla celebrazione, nè dalla rinunzia alla medesima.

SEZIONE II.

DELLE DOMANDE DI NULLITÀ RELATIVA DEL MATRIMONIO

SOMMARIO

174. Le cause della nullità relativa dei matrimoni sono quattro, cioè:

1° Il vizio del consenso;

2° L'interdizione;

3° L'impotenza;

4° La mancanza di consenso de' genitori, degli adottanti[2] e ascendenti e dei consigli di famiglia o di tutela.

175. Come fu spiegato superiormente, il consenso necessario per la formazione del contratto di matrimonio deve esser valido,

---

[1] Consulta Laurent, II, 469; Bianchi, II, 47.

[2] L'art. 108 non nomina l'adottante, ma evidentemente vi deve esser compreso; il silenzio della legge, come altre volte ci è occorso di notare, si deve forse ad una mera inavvertenza, cui può aver dato causa il ristabilimento dell'adozione già soppressa nel progetto Pisanelli.

cioè esente dai vizii della violenza e dell'errore, acciò il matrimonio sia valido. Ove al contrario il consenso sia stato estorto colla violenza o dato per errore, il matrimonio è affetto da nullità relativa (art. 105).[1]

L'azione di nullità derivante o dalla violenza o dall'errore che invalidarono il consenso, non può essere promossa se non da quello degli sposi, maggiore o minore,[2] che patì la violenza o fu indotto in errore. Al contrario non può esser promossa nè dal suo coniuge, nè dai suoi ascendenti, nè da altri suoi parenti, nè in fine da verun'altra persona che possa avervi interesse legittimo o attuale; sieno anche creditori personali dello sposo violentato o caduto in errore, quantunque egli sia morto nel termine utile per promuoverla; nè in quest'ultimo caso può esser promossa da'suoi eredi o discendenti; perocchè trattasi di azione fondata sopra causa intimamente personale e sopra interesse almeno principalmente morale, e come tale intrasmissibile agli eredi.[3]

---

[1] Vedi sopra n. 107.

[2] Demolombe, III, 260.

[3] Toullier, I, 611; Duranton, II, 270; Aubry e Rau, IV, 63; Demante, I, 262 bis, IV; Demolombe, III, 258; Marcadé, art. 180; Laurent, II, 449; *contro* Bianchi, II, 77. Questi reputa che la decisione seguita unanimemente dagl'interpreti del diritto francese e da me applicata nel nostro diritto non sia conciliabile col testo del nostro articolo 105 capov. corrispondente all'articolo 180 del Codice Napoleonico. Ma io non sono riescito a scoprire sì notevole differenza fra i due testi da rendere erronea presso noi una decisione verissima in Francia e giustificata da una ragione assoluta. In vero il testo francese dice: « Lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui de deux époux qui a été induit en erreur »; il testo italiano alla sua volta si esprime con questi termini: « Quando vi fu errore nella persona, l'azione di nullità può essere promossa da quello degli sposi che fu indotto in errore.» Sarà più assolutamente limitativa la formola del testo francese, ma certamente il testo italiano esprime lo stesso pensiero; cioè determina limitativamente la persona che può promuovere l'azione di nullità relativa del matrimonio contratto per violenza o per errore. Questa considerazione acquista sommo e incontrastabile valore dalla ragione logica della decisione.

Ma ove sia stata promossa dallo sposo violentato o caduto in errore, può essere proseguita da' suoi eredi o discendenti, se non vi fu recesso nè perenzione d'istanza.[1]

176. La nullità relativa del matrimonio, derivante dalla violenza o dall'errore, è riparabile; imperocchè stabilita, com'è, a favore dello sposo che ha subito la violenza o cadde o fu tratto in errore, egli può bene rinunziarvi.

Essa nullità viene riparata dalla ratifica tacita o espressa, e dalla prescrizione.

La ratifica tacita risulta dalla coabitazione continuata per un mese, dopo che lo sposo ha riacquistata la sua piena libertà o conosciuto l'errore (art. 106); imperocchè se era pensiero

---

[1] Duranton, II, 271; Duvergier su Toullier, II, 611, nota 4; Demante, I, 262 bis, 5; Aubry e Rau, loc. cit; Demolombe, III, 259; Arntz, Cours de droit civ. franc. I, 349; *contro* Marcadé, art. 180, VII; Laurent, II, 450. Per verità il motivo, con cui giustifico la precedente decisione, esigerebbe rigorosamente che negassi agli eredi e discendenti dello sposo violentato o caduto in errore il diritto di proseguire l'azione promossa da questo. Nondimeno parmi che debba preferirsi la decisione, che, seguita dalla più parte degl'interpreti del diritto francese, ho creduto di adottare. Quando lo sposo violentato o caduto in errore ha promosso l'azione, ha già manifestato il suo intimo giudizio sulla gravità della violenza sofferta o dell'errore in cui cadde o fu tratto, dichiarandoli tali che viziarono e resero invalido il suo consenso. Il grande ostacolo soggettivo adunque è rimosso. Quanto all'interesse, esso è principalmente ma non esclusivamente morale: vi vanno commisti non disprezzabili interessi pecuniarii. Di fatti in vita dello sposo violentato o caduto in errore, il matrimonio imponeva a lui l'obbligo di mantenere l'altro che si fosse trovato in bisogno; in sua morte, quest'ultimo ha degl'importanti diritti di successione. Or bene lo sposo anzidetto, promovendo l'azione di nullità, mirava ad ottenere eziandio che la persona che erasi nullamente congiunta con lui in matrimonio, non potesse far valere diritti di successione sul suo patrimonio. Se invece si arresta il corso a detta azione, lo sposo superstite dopo la morte dell'altro godrà di questi diritti contro la volontà del defunto, e ne godrà contro l'interesse pecuniario degli eredi e discendenti di quest'ultimo, che pure volle garantirlo loro, col promuovere la dimanda di nullità del matrimonio. In quest'ordine di considerazioni, parmi preferibile la decisione che seguo. L'eminente Laurent, quantunque abbia trattato questa quistione con esattezza e profondità maggiore che gli altri, l'ha esaminata, secondo che sembra, in un punto di vista troppo esclusivo, nel solo solissimo punto di vista dell'interesse esclusivamente morale.

dello sposo che fu violentato o tratto in errore di fare annullare il matrimonio, si sarebbe certamente separato dall'altro, non appena cessata la violenza o scoperto l'errore dall'altra parte. Il tempo di un mese dall'altra parte è concesso al medesimo per considerare maturatamente il partito da scegliere.

La coabitazione, come si diceva, deve essere continua; ma non cessa di essere continua, se venga interrotta qualche giorno per causa di viaggio o dissapori coniugali.

Il mese, pel quale deve durare la coabitazione, incomincia a decorrere dal giorno che lo sposo ha riacquistata la sua piena libertà o conosciuto l'errore; perciocchè da questo giorno soltanto è possibile una vera ed efficace ratifica; fatta prima, sarebbe affetta dai medesimi vizi che rendono nullo il matrimonio. È del resto indifferente, che la coabitazione sia incominciata subito dopo la celebrazione del matrimonio o in seguito, dopo più o meno lungo tempo.

La coabitazione durata per un mese continuo, dopo cessata la violenza o scoperto l'errore, sana la nullità del matrimonio di fronte al coniuge che ne fu vittima; sia maggiore o minore.

Quanto alla prova, essa è regolata anche in questa materia dai principii generali; perciò lo sposo che agisce in nullità, deve provare la violenza e l'errore sui quali egli basa la sua azione; il convenuto deve provare alla sua volta che l'attore non può sperimentar più l'azione di nullità, essendosi estinta per il fatto della coabitazione durata per un mese dopo cessata la violenza e scoperto l'errore.[1]

La conferma tacita non può desumersi da verun altro fatto, neanco dalla gravidanza della donna, benchè venisse constatato essere posteriore alla cessazione della violenza e alla scoperta dell'errore.[2] Quanto al possesso di stato, esso non

---

[1] Tutti gl'interpreti sono d'accordo nel principio; non così nell'applicazione; in specie basta che l'attore provi che contrasse il matrimonio per violenza o errore, o deve provare eziandio che l'una o l'altro non era cessato un mese indietro? (Consulta Demolombe, III, 262; Laurent, II, 452; Bianchi, II, 78).

[2] Marcadé, loc. cit.; Demolombe, III, 261; Laurent, II, 453; Bianchi, II, 71; *contro* Duranton, II, 279.

è neppure possibile senza la coabitazione; al postutto non è atto a sanare la nullità di cui si discorre (art. e arg. *a contr.* art. 119).

La ratifica espressa consiste nella dichiarazione dello sposo violentato o caduto in errore, colla quale approva il suo matrimonio.[1] Anche questa ratifica, per essere valida, deve esser fatta dopo cessata la violenza e conosciuto l'errore. Nè deve essere equivoca. Per decidere se tale essa sia o no, importa di tener conto scrupoloso di tutte le circostanze, in cui ha avuto luogo; essendo possibile l'impiego di ogni artifizio più biasimevole per carpire una ratifica che in altre circostanze normali non si sarebbe fatta. Per la medesima ragione è necessario di portare esame attento sui termini adoperati nell'atto di ratifica. Del resto la ratifica può esser fatta in qualunque forma, nessuna prescrivendone la legge. La ratifica espressa sana questa nullità del matrimonio, quand'anche sia stata fatta da uno sposo minore di età.[2]

Finalmente se gli sposi non avessero coabitato affatto o per meno di un mese dopo cessata la violenza e l'errore, e fossero trascorsi cinque anni in tale stato, la domanda di nullità non sarebbe più esercibile (art. 1300).[3] Ma per via di

---

[1] Aubry e Rau, IV, § 462, pag. 63; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 322; Demante, I, 263 bis; Demolombe, III, 264; Marcadé, art. 181, I.

[2] Arntz, I, 350.

[3] Duranton, II, 278; Valette su Proudhon, I, 433, nota *a*; Duvergier su Toullier, I, pag. 335, nota *a*; Demolombe, III, 268; Arntz, I, 350; *contro* Marcadé, art. 181, III; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 62; Demante, I, 263 bis, 2; Laurent, II, 454; Bianchi, II, 78. Questi ultimi interpreti reputano che l'azione di nullità del matrimonio sia soggetta solamente alla prescrizione trentennale; perchè, dicono essi, fra il contratto di matrimonio e gli altri ordinari e d'interesse pecuniario non esiste parità, nè in se medesimo, nè in ordine alle disposizioni legislative; imperocchè quello è regolato da disposizioni affatto speciali: mancando le quali perciò debbono applicarsi le disposizioni generali, specialmente ove si consideri che le disposizioni legislative sulla prescrizione quinquennale riguardano interessi pecuniari; inoltre la prescrizione quinquennale stabilita dall'articolo 1300 non è in sostanza che una conferma tacita; ora la legge non ammette che la conferma tacita risultante dalla coabitazione,

eccezione la nullità può essere opposta in perpetuo per la regola che; *temporaria ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (art. 1302, capov.). Così la donna che consentì al matrimonio per violenza, e che corre a racchiudersi in un monastero subito dopo la celebrazione o al primo momento di libertà, e che quivi vivesse quasi donna libera, potrebbe sempre respingere la dimanda contro lei diretta dal marito per l'esecuzione degli obblighi coniugali, o da qualunque altro per l'adempimento di obblighi dipendenti dal matrimonio.[1]

177. L'interdizione, siccome fu dichiarato superiormente, costituisce impedimento dirimente relativo al matrimonio.[2]

La nullità relativa del matrimonio, che fosse contratto non ostante tale impedimento, può essere proposta dall'interdetto medesimo dopo che abbia ricuperato la sanità di mente, o sia stata rivocata l'interdizione (art. 112).[3]

Può la medesima azione promuoversi dal tutore, dal consiglio di famiglia e dal pubblico ministero (art. 112).

L'esercizio dell'anzidetta azione appartiene a tutte e quattro queste persone in concorso; perciò ciascuna può sperimentarla

---

come causa riparatrice di tale nullità. Parmi però che quando mancano disposizioni speciali intorno al matrimonio, si debbano applicare le disposizioni concernenti i contratti, essendo il matrimonio pur sempre un contratto; e non le disposizioni generali riguardanti tutte le materie indistintamente. Nè a favore della prescrizione trentennale, contro la quinquennale, può invocarsi la ragione dell'interesse pecuniario che è comune ad ambedue le prescrizioni. Quanto alla seconda ragione mi permetto osservare, che non è del tutto esatto che la legge desuma dal silenzio di cinque anni una tacita conferma dell'atto nullo; se ciò fosse, la nullità sarebbe sanata e non potrebbe essere opposta più neppure per via di eccezione. Tutto al più la legge, presupponendo a motivo del silenzio tale conferma, ha abbreviato il termine della prescrizione. Ma trattasi sempre di prescrizione. Il silenzio poi, tenuto dallo sposo per cinque anni dopo cessata la violenza e scoperto l'errore, varrà anche qui di elemento alla medesima prescrizione. Nè in fine posso trascurare di osservare, che la decisione che seguo parmi più conforme allo spirito della legge; che vuole senza dubbio lasciare il minor tempo possibile nello stato d'incerta validità il matrimonio.

[1] Demolombe, III, 269.

[2] Vedi sopra n. 120.

[3] Consulta il Processo Verbale, 8, VI; Bianchi, II, 94.

di propria iniziativa, senza il concorso dell'altra. Quindi, esempligrazia, l'interdetto che abbia ricuperato la sanità di mente può sperimentare l'azione senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'assistenza del tutore, anzi contro la loro volontà, trattandosi di un'azione eminentemente personale e riguardante non solo in modo principale, ma in modo esclusivo, il suo interesse morale.[1]

Del pari il tutore può sperimentare la medesima azione senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, e senza il beneplacito dell'interdetto che abbia ricuperato la sanità di mente.[2]

178. La nullità del matrimonio, procedente da interdizione, può essere sanata colla ratifica espressa o tacita fattane dall'interdetto, dopo rivocata l'interdizione (art. e arg. art. 112, capov.). La ratifica espressa non può risultare che dal fatto della coabitazione continuata per tre mesi dopo rivocata l'interdizione (art. 112, capov. cit.).

Inoltre tale azione si estingue colla prescrizione quinquennale stabilita dall'articolo 1300.[3]

179. L'impotenza manifesta, perpetua e anteriore al matrimonio figurò a suo luogo fra gl'impedimenti dirimenti relativi del matrimonio.[4]

Il matrimonio, che sia stato contratto da persona affetta da tale impotenza, può essere impugnato dall'altro coniuge e non da verun'altra persona (art. 107).

---

[1] Bianchi, II, 94.

[2] È questa una decisione grave, ma perfettamente giuridica. Si consideri però il pronto rimedio che l'interdetto ha contro l'atto prepotente del tutore: questo rimedio consiste nella revoca della interdizione ad istanza o di un parente o coniuge o del pubblico ministero. Rivocata l'interdizione prima che sia pronunziata la nullità del matrimonio, l'azione non può essere proseguita dal tutore, che in tale qualità non esiste più, e l'interdetto, ricuperato l'esercizio de' suoi diritti, può recedere dalla dimanda o mandarla perenta e per tal via convalidare il matrimonio.

[3] Vedi sopra n. 175 in fine.

[4] Vedi sopra n. 121.

La nullità di questo matrimonio non può essere sanata da veruna ratifica espressa o tacita; perciò il coniuge potente potrà promuoverla, quand'anche dopo conosciuta l'impotenza dell'altro, come causa di nullità del matrimonio, abbia dichiarato di non volersene prevalere. Nemmeno è di ostacolo all'esercizio di quest'azione, che impotente essendo il marito, la moglie abbia concepito e partorito un figlio; quand'anche non disconosciuto da quello.[1]

180. Quando il matrimonio fu contratto senza il consenso degli ascendenti, dell'adottante, o del consiglio di famiglia o di tutela, secondo che fu spiegato trattando di questa condizione necessaria alla validità del matrimonio, può essere impugnato dalle persone delle quali era richiesto, e da quello degli sposi, al quale era necessario; imperocchè quanto ai primi, l'azione di nullità costituisce la sanzione del loro diritto di consenso, ed è un mezzo di riparazione all'ingiuria fatta alla loro autorità dai loro dipendenti che contrassero le nozze senza il loro consenso; quanto ai secondi è il mezzo di efficace tutela contro la loro incapacità. Se però lo sposo, che aveva bisogno del consenso delle anzidette persone, fosse un figlio che aveva compiuto gli anni ventuno, quando contrasse il matrimonio, non potrebbe dimandarne la nullità; essendo sconveniente e immorale che egli, dichiarato dalla legge capace dell'esercizio di tutti i diritti civili e cittadino indipendente, insorga contro il proprio fatto, indubitatamente colpevole perchè compiuto contro la legge (art. 108).[2]

Il diritto d'impugnare il matrimonio per mancanza del consenso degli ascendenti, degli adottanti e dei consigli di famiglia o di tutela appartiene a quella persona, il cui consenso era richiesto nel momento in cui fu celebrato.

---

[1] Consulta la sentenza del Tribunale di Pinerolo, 24 lug. 1867, G. IV, 490.

[2] Processo verbale, 8, IV. È chiaro che la suddetta eccezione riguarda il solo figlio; perocchè la figlia che abbia compiuto gli anni ventuno, non ha bisogno del consenso dei genitori.

Quindi, se fosse stato in vita e nella possibilità di manifestare la propria volontà il padre, egli solo potrebbe dimandare la nullità del matrimonio contratto senza il suo consenso dal figlio minore di anni venticinque, o dalla figlia minore di ventun anno. E all'infuora di lui, non può essere dimandata da nessun altro; neppur dalla madre; perocchè in verità il consenso di lei non era richiesto per la validità del matrimonio; prevalendo al suo dissenso il consenso del marito e padre rispettivo. Del pari se un discendente abbia contratto matrimonio senza il consenso degli avi, e delle avole, l'avo e non l'ava della stessa linea potrà per la medesima ragione dimandarne la nullità. E dandosi ascendenti d'ambedue le linee, non possono dimandare la nullità del matrimonio quelli di una sola linea; ove gli altri abbiano consentito.

Ma quanto al consiglio di famiglia o di tutela, il suo diritto di promuovere l'azione di nullità, non resta punto modificato dal cangiamento di persona che in esso si verificasse; rimanendo sempre il medesimo corpo morale.

Quest'azione di nullità, essendo essenzialmente personale, non può essere sperimentata nè continuata dai creditori, e dagli eredi delle persone alle quali ne fu concesso l'esercizio.[1] Che anzi non può essere promossa nè continuata neppure dalla persona, che, nell'ordine in cui è chiamata, succede a quella che avrebbe dovuto prestare il consenso, e che è venuta a morte nel tempo in cui l'azione di nullità si sarebbe potuta sperimentare. Così, esempligrazia, non potrà essere sperimentata dalla madre, se nel tempo della celebrazione del matrimonio il padre era vivo e nella possibilità di manifestare la propria volontà e sia divenuto incapace o sia cessato di vivere,

---

[1] L'azione di nullità del matrimonio per mancanza del consenso delle sunnominate persone, essendo intesa a riparare l'ingiuria arrecata alla loro autorità, perde persino il suo obbiettivo, con la morte della persona la cui autorità fu offesa. È vero che il consenso delle medesime è richiesto eziandio nell'interesse dei loro dipendenti; ma di questo interesse era giudice supremo la persona che doveva consentire; morta essa, niuno può occuparne il posto. Consulta fra gli altri Laurent, II, 457 e 458.

entro il tempo utile per l'esercizio della medesima; imperocchè resta sempre fermo che per la validità del matrimonio era necessario il consenso del padre e che l'azione è essenzialmente e strettamente personale. [1]

Per la medesima ragione se nel tempo della celebrazione del matrimonio era richiesto il consenso della madre, per essere il padre nell'impossibilità di manifestare la propria volontà, l'azione di nullità potrà promuoversi da lei e non dal padre che abbia ricuperato in seguito la prima capacità per l'esercizio de' suoi diritti. [2]

181. Questa nullità è sanabile. Vi hanno delle cause che la sanano di fronte a tutti e di quelle che la sanano solamente di fronte allo sposo che aveva bisogno del consenso.

Quanto alle prime cause, innanzi tutto le persone, di cui era richiesto il consenso per la validità del matrimonio (siano essi gli ascendenti, gli adottanti o i consigli di famiglia o di tutela), [3] non possono promuovere l'azione di nullità del matrimonio contratto da' loro dipendenti senza il loro consenso, quando l'abbiano espressamente o tacitamente ratificato (articolo 109).

La ratifica espressa può farsi in qualunque forma, non prescrivendone alcuna la legge, e può perciò provarsi con tutti i mezzi, non esclusi i testimoni. [4]

La ratifica tacita può desumersi da ogni specie di fatti; perciocchè la legge non ne determina alcuno; quindi, esempligrazia, può desumersi dall'avere gli ascendenti visitato di buon

---

[1] Marcadé, art. 182, II; Arntz, I, 351; Laurent, II, 457 e 458; *contro* Bianchi, loc. cit.

[2] Laurent, II, 457; Bianchi, loc. cit.

[3] L'articolo 109 nomina soltanto i parenti, ma senza dubbio la sua disposizione è applicabile eziandio all'adottante e ai consigli di famiglia o di tutela autorizzati a consentire al matrimonio de' loro dipendenti. È per altro da avvertire intorno ai consigli di famiglia e di tutela che per la morte e la maggiore età dello sposo, essi cessano persino di esistere; e perciò vien loro meno l'azione di nullità (Consulta Marcadé, art. 182, II; Demolombe, III, 282; Aubry e Rau, IV, § 462, pag. 70 testo e nota 56).

[4] Consulta il Processo verbale, 8, V.

animo gli sposi, dall'averli ricevuti spesso e cordialmente alla loro mensa; dall'avere accettato l'ufficio di padrini dei nuovi nati; e molto più dall'avere coabitato con essi. Anche questi fatti possono provarsi con tutti i mezzi, non esclusi i testimoni. [1]

La ratifica espressa o tacita deve esser fatta da quella persona, di cui era richiesto il consenso per la validità del matrimonio.

La ratifica espressa, fatta dalla persona competente, impedisce che l'azione di nullità sia promossa non solo dalle persone, il consenso delle quali per la validità del matrimonio sarebbe stato necessario nell'ordine successivo nel congruo caso, [2] o anche nello stesso ordine; ma eziandio dallo stesso sposo, al quale il consenso era necessario; perocchè la ratifica equivalendo a consenso, fa sparire la causa stessa della nullità (art. 109).

In secondo luogo le anzidette persone non possono promuovere l'azione di nullità del matrimonio contratto senza il loro consenso dai loro dipendenti, quando abbiano lasciato trascorrere sei mesi dalla notizia del contratto di matrimonio senza loro richiamo, desumendo meritamente la legge da tal silenzio una specie di tacita ratifica, per non lasciare d'altra parte troppo lungo tempo in istato d'incerta validità il matrimonio (art. 109). Appare manifestamente dal testo di legge, che due condizioni sono necessarie per l'inammissibilità dell'azione di nullità da parte delle suddette persone; cioè che abbiano avuto notizia del matrimonio, e che dal giorno di tale notizia siano trascorsi sei mesi senza richiamo. [3]

Sanata la nullità per questa causa, essa non può del pari essere proposta dallo sposo, al quale era necessario il consenso (art. 109).

---

[1] Consulta il Processo verbale cit.

[2] È il caso del disaccordo fra le due linee.

[3] Consulta Laurent, II, 461.

182. Lo sposo poi, al quale era necessario il consenso delle anzidette persone per la validità del suo matrimonio, non può provocarne la nullità, quando, divenuto maggiore, abbia espressamente o tacitamente ratificato il matrimonio (arg. art. e art. 109, capov.). La ratifica tacita non può desumersi se non dall'aver egli lasciato trascorrere sei mesi senza richiamo. [1] È a questo effetto del tutto indifferente che siavi o no stata coabitazione (art. 109, capov.).

Giova ripetere che la nullità del matrimonio sanata per queste due ultime cause, riguardo allo sposo al quale era necessario il consenso, può essere proposta nondimeno dalle persone, il cui consenso era richiesto per la validità del matrimonio medesimo; imperocchè il diritto di esse, d'impugnare il matrimonio contratto senza il loro consenso dai loro dipendenti, non può dipendere dal diritto di questi ultimi (art. 109, capov.).

E può da essi venire impugnata, quand'anche lo sposo abbia compiuto l'età nella quale non gli sarebbe necessario il consenso delle sunnominate persone per la valida celebrazione del matrimonio, o sia morto; [2] eccettochè si tratti del consiglio di famiglia o di tutela, inquantochè esso, al raggiungersi dallo sposo la maggiore età, non solo perde ogni autorità sopra di lui, ma cessa di esistere. [3]

Resta a notare che l'azione di nullità del matrimonio per mancanza del consenso delle anzidette persone è soggetta

---

[1] La disposizione limitativa dell'articolo 109 capov. vieta che ratifica tacita atta a sanare la nullità del matrimonio si desuma da altri fatti (Demolombe, III, 288; Laurent, II, 465; Bianchi, II, 92; *contro* Marcadé, art. 183, III; Aubry e Rau, IV, § 462, pag. 71).

[2] Delvincourt, I, 153; Duranton, II, 298; Aubry e Rau, IV, § 462, pag. 70; Laurent, II, 467; *contro* Demolombe, III, 282 e 291; Bianchi, II, 92. Anche io in forma dubitativa accettai nella 1ª edizione la decisione data da Demolombe, e ora seguita da Bianchi; ma pur riconoscendo che essa è raccomandata da plausibilissimi motivi, preferisco accoglier l'altra, come più giuridica.

[3] Marcadé, art. 182, II; Aubry e Rau, Demolombe e Bianchi, loc. cit.

contro tutti alla prescrizione quinquennale stabilita dall'articolo 1300. [1]

SEZIONE III.

DELLE REGOLE COMUNI A TUTTE LE NULLITÀ DEL MATRIMONIO

SOMMARIO

183. Delle regole comuni a tutte le nullità del matrimonio. Separazione provvisoria de' coniugi. Diniego fatto al pubblico ministero di sostenere d'ufficio la validità del matrimonio contro la dimanda di nullità. Celebrazione del matrimonio ripetuta nel timore della nullità di esso.
184. Degli effetti del matrimonio annullato. Regola generale che esso non produce verun effetto. Quali effetti produca il matrimonio, in quanto ha avuto esistenza.
185. Eccezione alla regola generale. Il matrimonio nullo produce gli effetti civili, quando è contratto in buona fede: questo matrimonio chiamasi anche putativo. Ha influenza su tale eccezione il carattere di nullità del matrimonio? Ragioni che giustificano tale eccezione.
186. Quale sia la condizione essenziale per il matrimonio putativo: è la buona fede. In che consista la buona fede. Può questa risultare dall'errore di diritto? In qual tempo debba esistere la buona fede. *Quid* della sua prova?
187. Il matrimonio putativo produce gli effetti civili sino al giorno in cui ne venga pronunziata la nullità; essi però sono mantenuti anche dopo l'annullamento del matrimonio medesimo.
188. In riguardo a quali persone il matrimonio putativo produce i suoi effetti. Riguardo ai coniugi: distinzione da farsi, se entrambi o un solo di essi siano stati di buona fede. Molteplici applicazioni degli effetti civili che si producono dal matrimonio putativo nelle due rispettive ipotesi.
189. Riguardo ai figli. Molteplici applicazioni de' medesimi effetti; e specialmente in ordine al diritto successorio, alla legittimità e alla legittimazione de' figli medesimi.
190. Gli effetti civili del matrimonio potranno farsi valere contro i terzi?

183. Resta ora che si notino alcune regole comuni a tutte le azioni di nullità del matrimonio, sopra dichiarate.

Innanzi tutto, quando la domanda di nullità sia proposta da uno dei coniugi, il tribunale può, sull'istanza di uno di essi, sia o no quello che l'ha promossa, ordinare la loro separazione temporanea durante il giudizio. Il tribunale può ordinarla anche d'uffizio, se ambidue i coniugi od uno di essi siano minori di età (art. 115).

In secondo luogo il pubblico ministero non può agire per la validità del matrimonio in opposizione alla dimanda di nul-

---

[1] Vedi sopra n. 175 in fine.

lità promossa da qualunque delle altre persone che ne hanno il diritto; perciocchè da una parte la legge non gli accorda in verun luogo tale diritto, e dall'altra il tribunale che deve pronunziare sulla dimanda di nullità ha il potere e il dovere di sventare gli accordi frodolenti tra gli sposi e gli attori nel giudizio di nullità. [1]

In terzo ed ultimo luogo gli sposi, che hanno seri motivi di temere che il loro matrimonio sia esposto all'azione di nullità, possono ripeterne la celebrazione, la quale, se nulla aggiunge al primo che sia valido, forma un nuovo matrimonio, se il primo fu in effetto nullo. [2]

184. Giusta i principii generali, il matrimonio nullo non produce verun effetto: *Quod nullum est, nullum producit effectum.* E la sentenza, che ne pronunzia l'annullamento, dichiara appunto che il matrimonio annullato non produsse veruno degli effetti civili, che avrebbe prodotto ove fosse stato valido. Perciò quelli che lo contrassero non posseggono lo stato di coniugi e non godono dei diritti coniugali; i figli che ne fossero nati non hanno lo stato di legittimità. [3] Del pari le convenzioni matrimoniali non avranno gli effetti determinati dal contratto; la comunione de' beni che si fosse stabilita fra gli sposi sarà regolata dal diritto comune e non dalle disposizioni particolari degli articoli 1443-1446; le donazioni fatte dall'uno sposo all'altro o da un terzo ad ambedue gli sposi o ad uno di essi in riguardo del matrimonio rimarranno senza effetto (art. 1068).

Tuttavia il matrimonio esiste di fatto prima della sentenza di annullamento, e questa esistenza, questo fatto è indistruttibile non solo in se stesso, ma eziandio nelle sue conseguenze necessarie, indistruttibili, quale, per esempio, la prova della filia-

---

[1] Duvergier sur Toullier, I, 642, nota 2; Aubry e Rau, IV, § 458, pag. 40; Demolombe, III, 312; Allemand, Du mariage, I, 517; *contro* Merlin, Rép. v° Mariage, sect. VI, § 3, nota 3; Duranton, II, 344.

[2] Demolombe, III, 387; Laurent, II, 439.

[3] Toullier, I, 652; Demolombe, III, 433; Aubry e Rau, IV, 41; Mourlon, I, 699; Laurent, II, 436.

zione paterna e materna dei figli nati da tal matrimonio, per mezzo del loro atto di nascita (art. e arg. art. 193, 2º e 752).[1]

Il matrimonio annullato produce ancora quest'altro effetto, d'impedire alla donna di passare a seconde nozze prima che sia spirato il termine di dieci mesi dall'annullamento (art. 57).

185. Alla regola, che il matrimonio nullo non produce verun effetto civile, si fa eccezione, quando sia stato contratto in buona fede. Il matrimonio contratto in buona fede chiamasi putativo, il quale perciò può definirsi essere quel matrimonio che in verità è nullo e del quale l'autorità giudiziaria pronunzia l'annullamento, ma che ambidue gli sposi o uno di essi hanno creduto in buona fede di contrarlo validamente (art. 116). È a questo riguardo affatto indifferente che la nullità del matrimonio sia assoluta o relativa; e la prima sia o no riparabile, e se essa derivi da vizi del consenso, dagl'impedimenti o da difetto di forma.

Questa eccezione, o questa finzione, che sia valido un matrimonio nullo per quanto concerne i suoi effetti civili, rimane giustificata da parecchi motivi, e specialmente dal favore che merita il matrimonio; dall'indulgenza a cui gli sposi di buona fede hanno titolo, e in fine dal riguardo e quasi dalla pietà da aversi alla prole innocente che ne può esser nata.

186. La buona fede è l'unica ed essenziale condizione del matrimonio putativo. Essa consiste nell'ignoranza, per parte d'ambidue gli sposi o di uno di essi, dell'esistenza o dell'effetto giuridico della causa che impediva la validità del matrimonio.[2]

---

[1] Demolombe, III, 345; Aubry e Rau, IV, 42; Laurent, loc. cit. Il signor Demolombe dubita di ammettere la decisione nel caso che il matrimonio fosse annullato per mancanza di età legale dello sposo; tuttavia, almeno presso noi, la pubertà o l'attitudine a generare potendosi sviluppare a quattordici anni, non manca motivo di credere, che padre del figlio nato da tal matrimonio sia lo sposo che abbia superato questa età senza però essere giunto ai diciotto voluti dalla legge. La decisione contraria potrebbe coprire di vergogna una donna onestissima.

[2] Secondo una dottrina tradizionale, non del tutto forse abbandonata, le condizioni richieste, perchè un matrimonio sia putativo, sono tre; la buona

La buona fede può risultare non solo dall'errore di fatto, ma eziandio dall'errore di diritto. Imperocchè innanzi tutto non può ritenersi escluso in questa materia l'errore di diritto; non essendovi applicabile il principio che *jus ignorare nemini licet;*[1] secondariamente la disposizione dell'articolo 116 non fa alcuna distinzione fra la buona fede risultante dall'errore di fatto e quella che può risultare dall'errore di diritto; in fine l'errore

---

fede, la forma solenne di celebrazione e l'errore scusabile. Ma il testo dell'articolo 116 non esige che una sola condizione, la buona fede. Potrebbe invece dirsi che la forma solenne di celebrazione e l'errore scusabile sono due elementi della buona fede. Osserva però assai giustamente, secondo che io reputo, il professor Laurent (II, 503), che tale proposizione è troppo assoluta; può bene avvenire che un matrimonio sia celebrato in buona fede, senza avere osservato le solennità legali, e l'errore è scusabile per ciò solo che gli sposi hanno ignorato la causa che faceva ostacolo alla loro unione. Il professor Bianchi (loc. cit.) censurando la dottrina da me seguita, esige che l'errore sia scusabile. Secondo lui non può ammettersi mai come costitutiva della buona fede un'ignoranza che non sia perdonabile, che non possa essere spiegata fuorchè per una grave negligenza della persona. Chi vorrebbe, per esempio, ei prosegue, ammettere la buona fede in chi allegasse, e si offrisse di provare, aver esso ignorato che fosse proibito il contrarre nuove nozze a chi sia legato in matrimonio anteriore? ovvero a chi dicesse non aver saputo che il matrimonio fosse vietato tra fratello e sorella? Ma a quanto mi sembra, e parmi che s'intravveda dal ragionamento dell'egregio professore, trattasi piuttosto di quistione di prova, anzichè di carattere dell'errore: quegli che allegherà tale errore, non riescirà ordinariamente a farne la prova; essendo quegl'impedimenti noti, per così dire, anche ai bimbi. Ma, ripeterò col Laurent, solo che l'errore vi sia, esso è scusabile. Si supponga, esempligrazia, che una musulmana segua in Italia un uomo che sa essere ammogliato, e che questi la conduca nella casa comunale, avanti l'uffiziale dello stato civile a celebrare il matrimonio civile; essa lo segue in tutta buona fede, credendo in verità che come per la legge del Corano, così per legge italiana un uomo possa avere più mogli. Ebbene diremo noi che manchi in questo caso quella buona fede necessaria a costituire un matrimonio putativo? Debbo infine aggiungere che gl'interpreti del diritto francese citati dal sullodato professore non esigono, almeno di rigore, la condizione che l'errore sia scusabile (Consulta tuttavia la sentenza della Corte di Napoli, 4 febbraio 1870, A. IV, II, 283; avvertendo però che nella specie pare *si fingesse* d'ignorare ciò che erasi obbligati di sapere).

[1] È noto che questo principio è applicabile allora soltanto che la legge impone un'obbligazione, la cui esecuzione interessa alla società.

di diritto è atto a viziare il consenso de'contratti ordinari; molto più adunque potrà essere costitutivo della buona fede nella formazione dell'unione coniugale, che merita singolare favore. Quindi, esempligrazia, dovrà ritenersi contratto in buona fede, nel senso inteso dalla legge, il matrimonio celebrato da una italiana con uno straniero maggiore di età senza il consenso dell'avo o del consiglio di famiglia, che la sposa, ignorando la legge personale dello sposo, ritenga non necessario, o il matrimonio celebrato fra zio e nipote, fra adottante e adottata, ritenendolo non proibito dalla legge.[1]

La buona fede deve esistere nel momento della celebrazione del matrimonio, qualunque sia la causa della nullità (art. 116). La mala fede sopravveniente non nuoce.[2]

Quanto alla prova; siccome la buona fede è regolarmente presunta, in quanto che non può ritenersi che alcuno scientemente infranga le disposizioni di legge, così quegli che allega la mala fede, dovrà darne la prova. Quanto però la buona fede si fonda sull'errore di diritto, grava su chi la invoca il carico di provarla; perchè contro di esso sta la presunzione che non ignori il diritto.[3]

Il decidere poi, se nel caso vi sia stata o no buona fede, è rimesso al prudente arbitrio dell'autorità giudiziaria, avendo

---

[1] Aubry e Rau, IV, § 460, pag. 45 testo e nota 7; Massé e Vergé su Zachariae, I, 200; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 349; Demante, I, 283, bis III; Demolombe, III, 357; Laurent, II, 504; Bianchi, II, 97; *contro* Delvincourt, I, p. 71, nota 3; Toullier, I, 658; Proudhon, II, p. 3 e 4; Duranton, II, 351; Vazeille, I, 272; Allemand, I, 607.

[2] Proudhon, II, p. 6 e 7; Duranton, II, 363; Vazeille, I, 283; Duvergier su Toullier, I, 656, n. 1; Demante, I, 283 bis, 3; Demolombe, III, 360; Aubry e Rau, IV, 44 testo e nota 6 e p. 47; Mourlon, I, 705; Duranton, II, 363; Valette, Explic. somm. p. 115 e 116; Laurent, II, 505; Bianchi, loc. cit.; *contro* Delvincourt, I, p. 71, n. 5; Toullier, I, 656; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 346, che non ammettono tale decisione che quando si tratti di nullità sanabili.

[3] Consulta Merlin, Rép., v° Légitime, sect. I, § 1, n. 8; Aubry e Rau, IV, § 460, pag. 45; Marcadé, art. 202, II; Demolombe, III, 359; Bianchi, loc. cit.; *contro* Laurent, II, 506.

riguardo alla condizione, all'età e al sesso dello sposo che invoca la sua buona fede, alla causa della nullità del matrimonio e a tutte le altre circostanze. E nulla le vieta di ritenere distrutta la presunzione di buona fede nell'errore di diritto anco mediante semplici presunzioni.[1]

187. Al matrimonio è attribuita dalla legge la virtù di produrre gli effetti civili di un matrimonio valido (art. 116). Ma ha tale virtù sino al giorno in cui ne venga dichiarata la nullità.[2] Dopo questo giorno, esso si equipara ad un matrimonio sciolto; e perciò, come questo, non può produrre altri effetti. In altri termini si ritiene che un tal matrimonio abbia prodotto gli effetti per il tempo anteriore alla sentenza,[3] ma non ne produrrà per l'avvenire. Gli effetti prodotti però sono mantenuti in perpetuo. Quindi, esempligrazia, i figli nati o concepiti prima della sentenza che dichiara nullo il matrimonio sono e rimarranno sempre legittimi; al contrario i figli generati dopo tale sentenza dalle medesime persone, che siano libere, nasceranno semplicemente naturali.

188. Il matrimonio putativo produce tali effetti in riguardo tanto ai coniugi e ai figli, quanto ai terzi (art. 116).

Riguardo ai coniugi bisogna distinguere, se ambidue o uno solo di essi sieno stati di buona fede. Nel primo caso gli effetti di matrimonio si producono a favore di ambidue, nel secondo a favore di quel solo che fu in buona fede. Adunque nel primo caso la patria potestà con tutti i suoi diritti sulla persona e sui beni dei figli appartiene prima al padre, e in sua mancanza alla madre (art. 220, 239); e le convenzioni matrimoniali hanno il loro effetto. Del pari tanto il padre quanto la madre succederanno ai figli che premorissero a loro. Ma l'un coniuge non conserva i diritti di succedere all'altro;

---

[1] Consulta Aubry e Rau, IV, § 460, pag. 45; Demolombe, III; Bianchi, II, 97.

[2] [3] Ho riguardo al giorno in cui fu pronunciata la sentenza e non al giorno in cui fu promossa la dimanda di nullità; facendo difetto i princìpii generali anche in questo punto (Consulta Laurent, II, 507; Bianchi, II, 98).

perocchè non solo si tratta di un effetto postumo del matrimonio annullato; ma non esiste più fra loro lo stato di marito e di moglie, al quale è annesso il diritto di successione.[1] In base alla stessa ragione, per effetto della sentenza che dichiara la nullità del matrimonio, cessa ne'coniugi il dovere di fedeltà, di assistenza; nè può più nascere nell'uno e nell'altro il diritto di avere gli alimenti dall'altro; ma questo diritto continuerà a sussistere dopo la sentenza, se erasi aperto anteriormente.

Nel secondo caso invece la patria potestà coi medesimi diritti appartiene al coniuge di buona fede, quand'anche sia la madre (art. 220, capov. 2); esso solo gode il diritto di succedere ai figli; e esso solo può invocare gli effetti civili del matrimonio putativo, se tale è il suo interesse. Quindi è in suo arbitrio di domandare l'esecuzione delle convenzioni matrimoniali riguardo alla comunione de'beni o al regime dotale, ovvero regolar quella col diritto comune e ricuperare libera la dote. Ma tali convenzioni non possono scindersi e conseguentemente il coniuge di buona fede non può valersene per la parte che gli giova, e disconoscerlo per la parte che gli nuoce.[2] Quanto alle donazioni che sono state fatte per causa del matrimonio che viene annullato ma che fu contratto in buona fede, esse sono regolate dall'articolo 1068.

---

[1] L'insigne professor Laurent (II, 511) è di contrario avviso. Parmi però che, nel decidere in questo senso, siagli sfuggita la considerazione che a me sembra capitale, cioè che lo stato coniugale non sopravvive alla sentenza che dichiara la nullità del matrimonio. Questa considerazione giustifica pure la diversa decisione che si dà riguardo ai figli, e sulla quale il chiarissimo professore insiste per censurare la decisione che ho creduto di seguire. I figli rimangono legittimi anche dopo lo scioglimento del matrimonio. « Voila, giustamente osserva il sullodato professore, un effet du mariage qui ne se produit qu'après l'annullation du mariage; il se produit parce que les enfants sont considérés comme légitimes, et cet effet, une fois produit, subsiste toujours » (II, 508). Al contrario annullato che sia il matrimonio, non esistono più coniugi, come non esistono più dopo lo scioglimento del matrimonio.

[2] Toullier, I, 663; Duranton, II, 371; Aubry e Rau, IV, § 460, pag. 48; Demolombe, III, 375; Laurent, II, 513; Bianchi, II, 99.

189. Riguardo ai figli il matrimonio produce gli effetti civili solo che uno dei coniugi sia stato in buona fede, e li produce in relazione al coniuge, tanto di buona quanto di mala fede. In conseguenza i figli godranno dello stato di legittimità non solo di fronte al genitore di buona fede, ma anche di fronte all' altro; che anzi ne godranno rispetto a tutti i parenti d'ambedue i genitori, e più generalmente rispetto a tutte le persone e a tutta la società. Essi perciò assumeranno il cognome del padre quand' anche esso sia stato in mala fede, succederanno anche al genitore di mala fede, ai parenti di lui, fossero anche i figli nati loro da un legittimo matrimonio, [1] e potranno domandare la riduzione delle disposizioni dei beni eccedenti la quota disponibile, quand' anche fatta dal medesimo genitore di mala fede. Ma al contrario il genitore di mala fede non succede ai figli, non producendo il matrimonio putativo effetto a favor suo. Questa mancanza di reciprocità non si estende ai parenti di lui; ossia come i suoi figli succederebbero ai suoi parenti, così questi succederanno a quelli. [2]

Del pari i figli avranno il diritto di conseguire gli alimenti anche dal genitore di mala fede e dai parenti di lui; ma l'obbligo reciproco della prestazione degli alimenti peserà su di essi a favore dei parenti del genitore di mala fede soltanto e non anco di quest' ultimo.

I figli saranno legittimi anche allora che siano concepiti prima della celebrazione del matrimonio, ma siano nati dopo; salva l' azione di denegata paternità. Quanto a quelli concepiti durante il matrimonio, è affatto indifferente che nell'atto del concepimento fosse cessata ne'coniugi la buona e sopravvenuta la mala fede. [3]

---

[1] È chiaro che i figli nati da legittimo matrimonio sono fratelli consanguinei o uterini di quelli nati da un matrimonio putativo.

[2] Consulta intorno a queste diverse proposizioni Duranton, II, 366; Marcadé, art. 202, IV, Aubry e Rau, IV, § 460, pag. 49; Demolombe, III, 362 e seg.; Laurent, II, 508.

[3] Consulta Proudhon, II, 5 e 6; Vazeille, I, 283; Duranton, II, 363; Marcadé, art. 202, II; Duvergier sur Toullier, I, 656; Demolombe, III, 360; Aubry e Rau, IV, § 460, pag. 44 e 45-46.

In fine, i figli concepiti durante il matrimonio, ma nati dopo l'annullamento di esso, sono medesimamente legittimi; salva sempre l'azione di denegata paternità e di contestazione della legittimità.

I figli nati da un matrimonio putativo godono di tali diritti quand'anche causa della nullità del matrimonio sia l'incesto o la bigamía; ossia quand'anche in realtà essi siano incestuosi o adulterini.

Fra gli effetti del matrimonio putativo va ricordato in modo speciale quello della legittimazione. In altri termini i figli nati prima del matrimonio putativo ne rimangono legittimati (art. 116). Tale effetto però è subordinato alla condizione, che i figli siano stati riconosciuti prima dell'annullamento del matrimonio. Ma è indifferente che il riconoscimento abbia avuto luogo prima o dopo promossa la dimanda di nullità (art. 116).

Reputo che, verificandosi l'anzidetta condizione, la legittimazione si operi eziandio a favore de' figli incestuosi o adulterini. [1]

---

[1] Se per buona ventura, le nozze incestuose sono divenute quasi impossibili, una triste esperienza ne istruisce che non di rado uomini ammogliati, facendosi credere celibi, traggono in inganno fanciulle inesperte, le rendono madri colla promessa di matrimonio e le trascinano a stringere il nodo nuziale.

Or la prole nata prima del matrimonio e che è certamente adulterina, verrà legittimata dal susseguito matrimonio contratto in buona fede dalla donna?

La quistione è assai antica e non è stata mai abbandonata, e pende ancora indecisa, non ostante la sua grande importanza (Consulta Merlin, Rép. v° Légitimation, che cita i molti giureconsulti che l'hanno decisa nell'uno e nell'altro senso).

Quanto a me, anche nella prima edizione di quest'opera, preferii la decisione affermativa. Ma il professor Buniva (Diritto delle persone, pag. 227), riprova questa decisione, e il professor Bianchi (II, 10) seguendo l'opinione contraria, che oggidì ha più seguaci, la combatte strenuamente. A sostegno di essa io adduceva innanzi tutto un argomento testuale: è generale ed assoluta l'espressione dell'articolo 116, diceva io. Contro tale argomento replica il sullodato professore, che tale espressione è invece formalmente limitata ai figli che possono essere riconosciuti; imperocchè la legge all'espressione... *riguardo ai figli nati prima del matrimonio* fa seguire quest'altra, *purchè riconosciuti prima*

190. Da ultimo gli effetti civili di un matrimonio putativo possono farsi valere contro i terzi, come quelli derivanti da

---

dell' annullamento di esso. Ma i figli incestuosi e adulterini, prosegue egli, non possono essere riconosciuti; essi adunque, anzichè essere compresi nella disposizione dell' articolo 116, ne sono formalmente esclusi. Benchè il distinto professore di Parma reputi ben difficile di trovare una risposta alla sua replica; pure mi ci provo. La disposizione dell'articolo 116 è indubitatamente generale ed assoluta sino alla denominazione dei *figli.* Quando si tratta della loro legittimità, sotto la voce dei figli si comprendono anche gl' incestuosi e gli adulterini: lo riconosce formalmente il mio egregio avversario (II, pag. 329). Questa generale comprensione si estende senza dubbio all'espressione che segue: *anche nati prima del matrimonio.* La limitazione verrebbe adunque apportata da ciò che segue: *purchè riconosciuti prima dell'annullamento di esso* (matrimonio).

Ma la congiunzione *purchè* accenna a condizione, come il *se* ed anche con maggiore efficacia. Letteralmente adunque verificato che siasi il riconoscimento de' figli nati prima del matrimonio, siano o no incestuosi e adulterini, essi rimangono legittimati dal medesimo. Ma perchè si verifichi tale condizione, non è necessario che esista ne' figli la qualità giuridica richiesta per essere riconosciuti? Non è insomma necessario che il riconoscimento sia valido? E allora evidentemente la condizione include ancora la detta qualità giuridica; e perciò la disposizione è limitata ai figli semplicemente naturali ed esclude gl' incestuosi e gli adulterini. Attendendo che altri mi dimostri; essere stato pensiero del Legislatore di dire coll'espressione *purchè i figli siano stati riconosciuti prima dell' annullamento del matrimonio* queste due cose, *che* i figli avessero qualità per essere riconosciuti; e *che* fossero stati in effetto riconosciuti; esporrò intanto le ragioni, per le quali sono d' avviso che la legge, qual è, richiede soltanto il fatto del riconoscimento. Che possa verificarsi questo fatto, anche relativamente ai figli incestuosi e adulterini, non v' ha dubbio. Anzi l' articolo 193, n° 3, lo suppone. Tale riconoscimento per altro importerà semplicemente la dichiarazione della paternità e maternità incestuosa o adulterina. Ma un figlio in verità incestuoso e adulterino può essere anche riconosciuto da uno de'due genitori, come semplicemente naturale: così, esempligrazia, una donna che sia stata resa madre da un uomo ammogliato può riconoscerlo come figlio semplicemente naturale, non denunziando la paternità; nè potendosi questa indagare.

Ma tale riconoscimento basterà per far produrre al matrimonio putativo la legittimazione del figlio che in realtà è adulterino o incestuoso? Per rispondere a tale quesito, conviene riconoscere quale sia l' uffizio del riconoscimento nella legittimazione. Non è, nè può essere certamente quello di attribuire al figlio la filiazione naturale riconosciuta co'suoi effetti; perocchè tale filiazione rimane senza meno assorbita dalla filiazione legittimata. Il riconoscimento ha

un matrimonio valido. Quindi, esempligrazia, i figli potranno chiedere la riduzione delle disposizioni eccedenti la quota

---

per iscopo di constatare la filiazione che il matrimonio deve legittimare. « Le mariage, dice quel profondissimo e logico giurista del prof. Laurent, ne pouvant légitimer les enfants naturels que si leur filiation est constante, la loi devait exiger la reconnaissance du père et mère, la reconnaissance étant le seul moyen légal de constater la filiation paternelle » (IV, 170). Or questo ufficio si adempie perfettamente dal riconoscimento fatto nella ipotesi di cui ci occupiamo.

Ma questo riconoscimento, si replicherà, constata una filiazione adulterina o incestuosa, una filiazione cioè che non può essere legittimata. Adagio. Quando ambidue i genitori, inscienti del vincolo del precedente matrimonio che continuava a legare l'un de'due, o inscienti del vincolo di parentela che li stringeva, generarono, secondo la loro opinione, figli adulterini e incestuosi o figli semplicemente naturali? E prima, nell'atto o dopo della nascita li riconobbero nella prima o nella seconda qualità? E quando contrassero in seguito matrimonio, ebbero in animo di legittimare figli semplicemente naturali o figli adulterini o incestuosi? La realtà è ben altra. Chi lo nega? Ma il matrimonio putativo è esso una realtà, o una finzione di legge? È una finzione; ed è una finzione che ha tutta la sua base nella buona fede d'ambidue i coniugi o di uno di essi. Or, dico io, questa buona fede che ha la virtù di non far essere inquinate d'incesto e di adulterio due persone che si congiungono, sebbene in realtà vi sia incesto o adulterio; questa buona fede non salverà dalla nota d'incestuosi e adulterini i figli nati da quel congiungimento? Di grazia, quando questi figli sono concepiti dopo celebrato il matrimonio, la legge li ritiene indubitatamente concepiti come legittimi, per virtù della buona fede de'loro genitori o almeno di uno di essi; e legittimi li dichiara. Or bene, perchè quando sono concepiti e nati prima della celebrazione del matrimonio non si dovranno ritenere per la medesima buona fede figli semplicemente naturali? Insomma a me apparisce cosa chiara, come la luce del sole, che quando la legge non vede nè adulterio nè incesto nel congiungimento di due persone, non possa ravvisarsi nota di adulterino e d'incestuoso nel figlio che ne sia nato.

Gravi, gravissime ragioni mi oppone il sullodato professor Bianchi in questo punto. Il riconoscimento e la legittimazione dei figli adulterini e incestuosi sono vietati in modo assoluto, e perciò anche nel caso che i genitori siano stati di buona fede. Questa buona fede adunque non li purga dalla macchia de' natali. Nè può purgarli, perchè lo stato de' figli che si pretenderebbe purgare non dipende punto dalla buona o mala fede dei genitori, ma unicamente dal non essere stato neppure possibile fra questi il matrimonio, al tempo in cui il figlio fu concepito, in causa d'impedimento nascente da matrimonio anteriore non ancora sciolto o da vincolo di parentela o di affinità.

disponibile, quand'anche fatte ad un terza persona dal genitore che contrasse il matrimonio in mala fede. Del pari la moglie

---

Queste ragioni hanno in sè un valor sommo, anzi sono incriticabili, ma in relazione a tutti gl'istituti del diritto di famiglia, meno a quello del matrimonio putativo. Sotto altra forma qui mi si oppone l'Achille dei forti propugnatori della decisione contraria. Come volete che il matrimonio putativo produca più effetto di un matrimonio perfettamente valido? Che la finzione abbia più possanza della verità? Un figlio adulterino, per quanto concepito in buona fede da ambedue i genitori, sarà legittimato dal matrimonio valido che contrarranno i suoi genitori, dopo sciolto il matrimonio precedente che avrebbe formato impedimento dirimente al matrimonio? Certo che no. Or come osare di pretendere che il matrimonio semplicemente putativo possa produrre tale effetto?

Ed io alla mia volta dimando ai miei avversari. Il matrimonio putativo ha la virtù di attribuire lo stato di legittimità ai figli adulterini o incestuosi? Essi lo ammettono, nè possono non ammetterlo. Or mi spieghino perchè non debba avere e non abbia la virtù di dare ad essi lo stato di legittimazione? L'illustre Demolombe (III, 365) spiega ciò, dicendo che i figli nati da un matrimonio putativo « n'auront jamais été incestueux ni adultérins. Il n'y aura point eu en eux cette tache indélébile que la légitimation ne peut jamais couvrir . . . . Les enfants nés antérieurement, sont le fruit d'un inceste et d'un adultère; et la bonne foi, dans un tel désordre, n'est pas une excuse. Au contraire, les enfants nés postérieurement, sont le fruit du mariage! et la bonne foi, dans le mariage, peut effacer le vice d'inceste ou d'adultère. » La medesima spiegazione ha dato il distinto prof. Bianchi.

Ma è proprio vero che i figli nati anteriormente sono il frutto di un incesto e di un adulterio? Materialmente sì, legalmente no; perchè, ripeto, non v'ha incesto e adulterio, ma semplice fornicazione, quando le persone che si congiungono ignorano il vincolo della parentela e dell'affinità che li lega, o l'esistenza del precedente matrimonio. Ciò è vero eziandio pe'figli nati dal matrimonio nullo per bigamia o incesto, per quanto contratto in buona fede. La differenza sta in ciò, che in quest'ultimo caso il congiungimento fu lecito, perchè autorizzato dal matrimonio, nell'altro caso fu illecito. In definitiva adunque la ragione per cui i figli incestuosi e adulterini non possono essere legittimati in virtù del matrimonio putativo, è la illecitudine dell'atto generatore.

È questa la medesima ragione che Pothier (Traité du mariage, n. 441) adduceva per negare al matrimonio putativo la virtù di legittimare anche i figli semplicemente naturali.

« La bonne foi des parties, così egli, peut bien donner les droits d'enfants légitimes aux enfants nés du commerce qu'elles ont eu depuis le prétendu mariage, dont elles ignoraient le vice; car ce commerce était, par

godrà dell'ipoteca legale sui beni del marito, sebbene essa sola sia stata in buona fede; e potrà opporla ai terzi (art. 1969,

---

rapport à leur bonne foi, un commerce innocent, mais la bonne foi que les parties ont eu en contractant ce prétendu mariage ne peut donner les droits d'enfants légitimes aux enfants nés du commerce qu'elles ont eu ensemble auparavant, car ce commerce est un commerce criminel de la part des deux parties, dont le vice ne peut être purgé que par un véritable mariage. »

Ma udite come la giudica il sullodato Laurent (II, 509), che pure ho avversario. « Pothier tombe ici, egli dice, dans le défaut de ceux qui prouvent trop, et l'on sait qu'en droit ceux qui prouvent trop ne prouvent rien. Sans doute, le commerce des époux avant leur mariage est criminel, mais l'est il moins quand le mariage est valable que lorsqu'il est putatif? Si l'immoralité est couverte par le mariage subséquent, elle doit l'être aussi par un mariage putatif, puisque le mariage putatif est l'image de l'union légitime. » Quanto a me, mi permetto di osservare sul ragionamento del signor Demolombe, che il coniuge di buona fede non cerca scusa al suo disordine nella sua buona fede, cercò invece nel matrimonio contratto in buona fede la riparazione allo stato de' figli. Esso può sempre dirvi a buon dritto : feci male, ma nella prospettiva, col fermo proposito di ripararvi col matrimonio che io credeva poter validamente contrarre.

Diversa osservazione, ma pure ben concludente posso dirigere al sullodato professor Bianchi intorno alla giustezza più che dubbia della ragione della illecitudine della copula, donde sono nati figli incestuosi o adulterini. Imperocchè egli è stato, direi quasi, trascinato da essa a decidere che il figlio adulterino o incestuoso nato durante il matrimonio (nullo per bigamia o incesto, e contratto in buona fede), ma prima che fossero trascorsi centottanta giorni da quello della celebrazione di esso, non possa ritenersi legittimo. Ecco stabilita una differenza fra il matrimonio valido e il putativo in ordine alla legittimità dei figli! Ma questa differenza è affatto contraria al testo dell'articolo 116; questa differenza era stata già preveduta, come conseguenza diretta e necessaria del principio posto da Pothier e per questo solo condannato, sebbene seguito da non pochi. « L'argument fondé, insegnano gl' insigni professori di Strasburgo (IV, § 460, pag. 46, not. 11 in fine), l'argument fondé sur cette objection prouverait trop; il conduirait à refuser le bénéfice de la légitimité aux enfants nés, il est vrai, pendant le mariage putatif, mais dont la conception remonterait à une époque antérieure: la légitimité des ces enfants ne pouvant être que le résultat d'une fiction analogue à celle sur laquelle repose la légitimation, le rejet de cette fiction entraînerait nécessairement leur illégitimité. »

Non a torto adunque dimando ai miei avversari una spiegazione soddisfacente del perchè il matrimonio putativo dia la legittimità ai figli incestuosi o

n. 40). Medesimamente ambidue i coniugi o quel de' due che fu in buona fede, sia il marito sia la moglie, potranno opporre ai

---

adulterini concepiti prima della celebrazione di esso e nati dopo; concepiti e nati durante esso, concepiti durante esso e nati dopo il suo annullamento; e non valga invece a dar loro la legittimazione. A favore della legittimità si dice; que' figli sarebbero stati legittimi se il matrimonio fosse stato valido; que' figli non sarebbero legittimati dal matrimonio valido. Ma questo ragionare sa, a quanto parmi, di farisaico, ed è incompleto. A favore dell' effetto della legittimazione potrei ragionar ancor io; fra gli effetti civili del matrimonio v'ha la legittimazione; ma il matrimonio putativo produce gli effetti civili, dunque produce eziandio la legittimazione. È poi incompleto, perchè prescinde affatto dalla efficacia della buona fede de' genitori, la quale, ripeterò una volta, come fa concepire e nascere figli legittimi e non punto adulterini e incestuosi, così fa concepire e nascere fuori del matrimonio figli semplicemente naturali. Ma allora, perchè non è permesso il riconoscimento de' figli adulterini e incestuosi, concepiti in buona fede almeno da uno dei genitori? e più ancora perchè non è attribuita al matrimonio valido l'efficacia di legittimarli nella medesima ipotesi? Quanto al riconoscimento, osservo che non merita tutto il favore che è accordato giustamente al matrimonio putativo. Inoltre la prole adulterina può essere validamente riconosciuta dal genitore che era libero nel tempo del concepimento, ove sia ignoto l'altro genitore, e la prole incestuosa può essere del pari riconosciuta validamente da uno dei genitori, ove l'altro rimanga ignoto.

Quanto alla legittimazione, che non può esser prodotta dal matrimonio, osservo innanzi tutto che l'obbiezione non vale pel caso in cui si tratti di prole incestuosa; perocchè il matrimonio è impossibile fra i suoi genitori (art. 180, n. 2, cong. cogli art. 58, 59 e 68). Per ciò che concerne la prole adulterina, il caso al quale è applicabile la obbiezione è questo. Dopo nata la prole, viene a morire il coniuge di uno de' suoi genitori, e questo trovandosi libero, contrae matrimonio coll' altro suo genitore. Questo matrimonio non legittima la prole (art. 195). In questo caso è evidente che la condizione della buona o mala fede dei coniugi in riguardo al matrimonio non può punto entrare in considerazione: esistono tutte le condizioni richieste per la sua validità; e tanto basta. La legge avrebbe dovuto prenderla in considerazione in riguardo al concepimento della prole, per dichiarar questa semplicemente naturale e quindi legittimabile? Non è di mia competenza, specialmente in questo luogo, di fare tale ricerca, se lo avesse fatto, si sarebbe certamente meritata il titolo onorevole di benigna. È cosa umana e voluta dalla giustizia che gl' innocenti sentano, il meno possibile, il peso delle altrui colpe o degli altrui errori, e che anco i colpevoli non siano mai defraudati del mezzo di riparare le proprie colpe, specialmente quando nel cadere in colpa ebbero forse in vista quel mezzo e avevano fatto

terzi la mancanza dell' autorizzazione maritale o giudiziaria per far dichiarare la nullità delle contrattazioni fatte dalla moglie prima dell' annullamento del matrimonio (art. 134, 137). [1]

---

forse il proposito di valersene. Sarebbe stato poi perfettamente logico ; perchè la buona fede de' genitori, come impedisce che questi e moralmente e giuridicamente siano inquinati di adulterio e d' incesto, impedir dovrebbe che i figli, nati da un'unione che nè moralmente nè giuridicamente è adulterina o incestuosa, fossero macchiati della nota di adulterini e d' incestuosi. Opporrassi il rispetto alla famiglia. Ma il rispetto a questa non fa ostacolo che figli materialmente adulterini e incestuosi nascano legittimi per virtù del matrimonio putativo.

La legge non ha fatto così benigna disposizione. Potrà ciò esservi opposto? No. Quando il matrimonio è valido. Hassi realtà, e la legge si è strettamente tenuta a questa. Essa perciò, giudicando nella realtà, ha considerato che il matrimonio non poteva aver luogo nel tempo del concepimento della prole ; e che di conseguenza le mancava la base per dare al matrimonio susseguente un effetto retroattivo ; anzi per fingerlo contratto nel tempo in cui la prole fu generata : perchè veramente matrimonio valido in quel tempo non poteva sussistere

Quando al contrario si tratta di un matrimonio putativo, di una finzione che ha per base la buona fede, può bene fingersi che questo matrimonio fosse contratto nel tempo in cui la prole fu generata : perchè, in effetto, sussistendo la buona fede, poteva sussistere eziandio il matrimonio putativo. Ecco il perchè il matrimonio putativo, secondochè io reputo, può legittimare una prole adulterina o incestuosa, mentre non può essere legittimata da un matrimonio valido : quello poteva sussistere nel tempo in cui la prole fu concepita : questo no. *Fictio operatur idem in casu ficto, quam veritas in casu vero.*

Prego il lettore a giudicare senza prevenzione questo mio tentativo di soluzione di una delle mie formidabili difficoltà. Voglia pure decidersi sull' insieme del discorso, e non sopra alcuna delle sue parti. Ove ad esso rimanga qualche dubbio, e riconosco che può bene rimanergli, scelga fra le due decisioni la benigna ; e più benigna è certo quella che seguo, favorendo la condizione di figli innocenti.

[1] Noto innanzi tutto, esser necessario che si tratti di atti fatti dalla moglie prima dell' annullamento del matrimonio ; perocchè annullato che questo sia, è chiaro che cessa nel marito ogni autorità sopra la moglie ; la quale perciò potrà fare liberamente tutti gli atti della vita civile, come ogni altra che ha il pieno esercizio de' suoi diritti (Demolombe, III, 380). Noto in secondo luogo che non è controverso ; potersi l' azione di nullità degli atti fatti dalla donna senza la debita autorizzazione proporsi da lei e dal marito, se ambidue celebrarono il matrimonio in buona fede ; e da lei, se essa sola fu di buona fede (Vedi De-

Quanto alle donazioni fatte in riguardo al matrimonio che è stato annullato, esse sono soggette alla disposizione dell'articolo 1068, anche riguardo ai terzi.

Tutte le regole esposte intorno agli effetti del matrimonio putativo non sono punto applicabili al matrimonio che, sebbene materialmente celebrato, non si è potuto formare; in ispecie non

---

molombe, loc. cit.; Bianchi, II, 101). Questi due insigni giureconsulti, al contrario, sono d'avviso che l'azione non possa sperimentarsi dal marito, ove egli soltanto sia stato di buona fede. Il primo si limita ad enunciare il suo parere; il secondo per combattere la mia decisione ragiona in questo modo. — All'azione di nullità degli atti fatti dalla moglie, che in tale ipotesi volesse sperimentarsi dal marito, manca ogni fondamento; perchè la nullità di tali atti è introdotta dalla legge per l'interesse principale e diretto della donna stessa; a tal segno che l'azione di nullità passa ai suoi eredi; ma non è trasmissibile agli eredi del marito (art. 137). È vero, prosegue egli, che l'esercizio dell'azione di nullità è concesso anche al marito personalmente, per più opportuna tutela degl'interessi anche della moglie stessa e della famiglia, per rispetto all'autorità maritale, e principalmente per dare una sanzione efficace alla legge che subordina certi atti della donna all'autorizzazione del marito. Ma quando, per la nullità del matrimonio e per la mala fede in cui lo ha contratto la donna, non può reputarsi concessa a lei l'annullabilità de' suoi atti, sotto pretesto che manchi l'autorizzazione di colui al quale si era unita con un vincolo che sapeva non poter essere di matrimonio valido, non è ammissibile che spetti al marito l'esercibilità di un'azione che manca completamente per la persona stessa alla quale principalmente e direttamente dovrebbe appartenere. — Non ostante queste ragioni, che al certo non mancano di valore, io persisto nella mia decisione. In primo luogo non è del tutto esatto che l'autorizzazione maritale sia stata stabilita principalmente e direttamente a favore della donna: « sono i vincoli di moglie, dichiarava il senatore Vigliani nella sua Relazione, sono i vincoli di moglie, di madre, sono i principii costitutivi e gl'interessi della famiglia che reclamano l'autorizzazione maritale. Essa non è un semplice omaggio d'ossequio al capo della famiglia, come taluno ha pensato, ma è una regola di ordine, di armonia, e di conservazione nell'economia domestica. » Il senatore Vacca alla sua volta dichiarava nella Relazione a S. M., che il concorso adesivo del marito era richiesto per la validità di certi atti importantissimi « in ossequio non pure all'autorità morale del capo della famiglia, ma sì pel buon governo della famiglia stessa. » Nè può essere altrimenti nella nostra legislazione, ove esser voglia logica; perchè la donna nubile o vedova ha presso di noi il pieno esercizio di tutti i diritti civili ed anche della patria potestà. Riconosciuta in

sono applicabili al matrimonio che sia stato contratto avanti al parroco e non avanti all'uffiziale dello stato civile; per quanto in perfettissima buona fede gli sposi ritenessero che il matrimonio religioso fosse valido anche civilmente; o persino ignorassero affatto che il matrimonio doveva celebrarsi giusta la legge civile. [1]

---

sè pienamente capace, come può trovarsi in lei medesima, maritata che sia, la ragione di una restrizione che si apporta alla sua capacità, e della necessità di una formalità abilitativa nel suo personale interesse? È dunque dalla famiglia che scaturisce la sua incapacità; è colpita d'incapacità, perchè è parte della famiglia. Di fronte a queste considerazioni apparisce tutt'altro che logico l'art. 137 nel senso in cui è inteso dall'esimio professore di Parma. Innanzi tutto l'azione di nullità degli atti fatti dalla donna senza la necessaria autorizzazione non è tanto personale a lei, se è esercibile dal marito e passa agli eredi di lei. L'azione non è accordata agli eredi del marito; perchè riguardo a lui essa è basata almeno direttamente e principalmente sopra l'interesse morale del rispetto dell'autorità maritale e dell'ordine della famiglia; e siccome questo interesse non passa agli eredi di lui, così a loro non può passare l'azione. Posto che tale sia l'interesse che serve di base all'azione di nullità, in quanto è accordata al marito, è chiaro che a questo appartiene *jure proprio;* e non *ex capite uxoris*, quasi per riflesso di questo. E allora non può contestarsi, secondo me, che possa esercitarla il marito, quand'anche non competa alla moglie. Saravvi dell'anomalia. Ma avvene molte altre nel matrimonio putativo per virtù della buona fede di uno de'due coniugi. D'altra parte durante l'esistenza del matrimonio putativo, il marito, perchè di buona fede, era investito dell'autorità maritale; e la famiglia che da esso si originava, aveva bisogno di ordine; in somma esistevano, come nelle due precedenti ipotesi, come nel matrimonio valido i motivi dell'autorizzazione, e perciò anche i motivi dell'azione di nullità a favore del marito.

[1] Aubry e Rau, IV, § 460, pag. 42 testo e nota 1; Laurent, II, 515; Bianchi, II, 95 e 97. La decisione può sembrar dura, gravissima, ma pure essa è incontestabile (Consulta tuttavia Demolombe, III, 335; Marcadé, art. 202, II).

CAPO VII.

DELLE PROVE DELLA CELEBRAZIONE DEL MATRIMONIO

SOMMARIO

191. Delle prove della celebrazione del matrimonio. Quali siano queste prove: quali fra esse siano di regola, e quali di eccezione.
192. Regola generale. La celebrazione del matrimonio non può essere provata che col relativo atto. Contro chi valga tale regola; e per quali materie. Ogni altra prova e lo stesso possesso di stato è escluso. Produce verun effetto tale possesso?
193. Per eccezione, il matrimonio può essere provato col possesso di stato. A favore di quali persone, e sotto quali condizioni sia ammessa tale eccezione.
194. Valore di tale possesso, come mezzo di prova del matrimonio. Tale prova può combattersi con tutti i mezzi.
195. In quali casi la celebrazione del matrimonio può eccezionalmente provarsi coi documenti, con le scritture e i testimoni?
195 Se e come la celebrazione del matrimonio può risultare da sentenza penale.

191. Conosciuto quanto riguardi e la sostanza e la forma del matrimonio, sono ora a vedere le prove della celebrazione del medesimo.

Deve notarsi innanzi tutto che le prove, di cui siamo per discorrere, non riguardano il matrimonio, ma il fatto della celebrazione, che può sussistere indipendentemente dalla validità e dalla esistenza stessa del matrimonio medesimo. Se cadesse in controversia l'esistenza o la validità del matrimonio, è ammessa, a'termini del diritto comune, ogni specie di prova, secondo che esige o comporti la causa addotta contro di esse; così, per esempio, la demenza potrà essere provata colle relazioni de'medici e colle deposizioni testimoniali; l'ubriachezza potrà provarsi col mezzo de' testimoni; il vincolo di parentela cogli atti dello stato civile, col possesso di stato, e via discorrendo.

Le prove della celebrazione del matrimonio, ammesse dalla legge, sono quattro, cioè:

1° L'atto di celebrazione estratto dai registri dello stato civile;

2° Il possesso di stato;

3° I documenti, le scritture e i testimoni;

4º La sentenza criminale contro i falsificatori o distruttori degli atti dello stato civile.

La prima di queste prove forma regola o diritto comune, le altre formano eccezioni. La prima delle eccezioni è ammessa a favore de' soli figli, le altre a favore di tutti.

192. La celebrazione del matrimonio non può, per regola, esser provata che col relativo atto estratto dai registri dello stato civile (art. 117).[1]

Questa regola vale contro tutti, cioè contro i coniugi, i figli e i terzi. Non vale però che per questi due oggetti, cioè:

1º Per il reclamo del titolo di coniuge;

2º Per il reclamo degli effetti civili del matrimonio (articolo 117).

Essa al contrario non è applicabile, quando si tratti di altra materia; così, esempligrazia, il fatto del matrimonio, ove costituisca una condizione dalla quale dipenda l'esistenza o la risoluzione di un diritto, può provarsi dall'interessato con documenti, testimoni e giuramenti.[2]

L'anzidetta regola è poi così assoluta, che niun altro mezzo di prova può tener vece dell'atto anzidetto, neppure il possesso di stato di marito e moglie, in quanto che potrebbe facilitare, e in un certo senso anche incoraggiare il concubinato (art. 118); nè d'altra parte potrebbero essi in veruna guisa giustificare la mancanza di produzione del loro atto di matrimonio.[3] Nulla rileva che il possesso di stato venga allegato da un coniuge contro l'altro e dal coniuge superstite contro gli eredi del defunto e viceversa, o dai figli nati dal preteso matrimonio contro quelli che ne contestano la legittimità (art. 118).[4] Ciò

---

[1] Consulta Marcadé, art. 194, I; Laurent, III, 1. Ricordo qui, perchè parmi opportuno, che l'atto della celebrazione del matrimonio non è necessario alla validità di esso (Vedi sopra n. 153).

[2] Merlin, Rép. vº Mariage, sect. V, § 2, n. 3; Aubry e Rau, IV, § 15, not. I; Demolombe, III, 390; Laurent, III, 3.

[3] Merlin, Rép. vº Mariage, sect. V, § 2, n. 3; Aubry e Rau, IV, § 452 bis, pag. 15, not. 1; Demolombe, III, 390; Laurent, III, 3.

[4] Demolombe, III, 388; Aubry e Rau, loc. cit.; Laurent, III, 2.

è vero anco allora che la parte, la quale nega la celebrazione del matrimonio, avesse riconosciuto anteriormente lo stato che ora contesta.[1]

Il possesso di stato però, che fosse conforme all'atto di celebrazione del matrimonio, sana ogni difetto di forma (art. 119).[2]

193. Quando esistono figli di due persone che abbiano vissuto pubblicamente come marito e moglie e sieno morti ambidue, la legittimità de' medesimi può essere provata col possesso di stato che non sia in opposizione coll'atto di nascita (art. 120).

La legge accorda dunque ai figli il privilegio di provare il matrimonio de' loro genitori col possesso di stato di marito e moglie che questi hanno avuto, affine di provare la loro legittimità. Accorda loro questo privilegio, perchè possono essi ignorare il luogo ove i loro genitori celebrarono il matrimonio, e non

---

[1] Merlin, Rép. v° Mariage, sect. V, § 2, n. 11 e 12; Aubry e Rau, loc. cit.; Mourlon, I, 708.

[2] L'art. 119 è scritto con questi termini: « Il possesso di stato conforme all'atto di celebrazione del matrimonio sana ogni difetto di forma. » Ma la forma di che? dell'atto di celebrazione, o del matrimonio? Identiche questioni si agitano fra gl'interpreti del Codice Napoleonico. Per dimostrarne l'inapplicabilità all'atto di celebrazione, può dirsi che niuna delle formalità richieste negli atti dello stato civile è prescritta sotto pena di nullità; ed allora che v'ha da sanare? Per dimostrarne poi l'inapplicabilità al matrimonio, può dirsi che l'art. 119 fa parte delle disposizioni riguardanti le prove della celebrazione e perciò non può riferirsi che all'atto che prova la celebrazione e non al matrimonio, e può anche osservarsi, e con maggiore effetto che i modi di sanare le nullità del matrimonio sono stabiliti formalmente dalla legge negli art. 104, 112. Che dunque? Prima di rispondere che l'art. 119 è senza oggetto, attendiamo che altri c'illumini.

Ciò notai nella prima edizione. L'insigne professor Laurent (III, 7), or ora (1870) ricordava ammettersi dalla dottrina ed essere pure sua opinione che vi siano delle forme richieste per l'esistenza stessa degli atti dello stato civile; quali la firma dell'uffiziale pubblico e l'iscrizione sui registri. Egli reputa che la disposizione di legge sia applicabile in tale ipotesi. È vero, egli osserva, che l'atto in tali ipotesi è inesistente piuttostochè nullo; e che l'atto inesistente non può produrre verun effetto. Ma tale obbiezione, egli prosegue, è sì basata sul rigore dei principii, ma non sui testi, nè sullo spirito della legge; la quale in modo generale ed assoluto dichiara rimaner risanato dal possesso di stato ogni difetto di forma.

trovarsi perciò in condizione di produrre il relativo atto; e perchè meritando la legittimità de' figl il imaggior favore e riguardo, doveva loro rendersi possibile e agevole la prova del matrimonio donde sono nati. I genitori di tali figli avranno avuto il possesso di stato di marito e moglie, ove siano vissuti pubblicamente come tali, cioè che la donna abbia portato il nome di moglie di quello che si dice essere stato suo marito, e come tale sia stata trattata; che l'uomo alla sua volta abbia portato il nome di marito di lei; e che come marito e moglie siano stati riconosciuti nelle loro rispettive famiglie e nella società. Del resto trattasi evidentemente di un giudizio di fatto da pronunciarsi, avuto riguardo a tutte le circostanze. Il possesso di stato può provarsi con tutti i mezzi, e specialmente con documenti e testimoni e presunzioni.

I figli però non possono valersi di questo mezzo per provare il matrimonio de' loro genitori, che quando si verifichino le tre seguenti condizioni, cioè:

1º Che il padre e la madre sieno morti (art. 120). La demenza e l'assenza del padre e della madre o del superstite di essi devono equipararsi alla loro morte; imperocchè anche in questi casi i loro figli possono trovarsi nella impossibilità di produrre l'atto di matrimonio de' loro genitori e non merita meno favore la loro legittimità.[1] Ma se uno de' genitori sia vivo e nella possibilità di manifestare la sua volontà, e neghi il matrimonio contro il proprio figlio, questi non potrà valersi del possesso di stato per provare la sua legittimità; perciocchè se

---

[1] Duranton, II, 295; Vazeille, I, 214; Valette su Proudhon, II, 73; Demante, I, 279 bis 3; Massé e Vergé su Zachariae, I, p. 186-187; Demolombe, III, 396; Marcadé, art. 197, II; Mourlon, I, 729; Laurent, III, 10; *contro* Merlin, Rép. vº Légitimité, sect. I, § 2, Question 1 e 2 sur l'art. 197; Toullier, I, pag. 325, 326; Aubry e Rau, IV, § 452 bis, pag. 18 testo e nota 17. Sembrami che questi autori spingano la questione ad un rigorismo dannoso; la demenza e l'assenza possono cessare, sia; ma possono anche non cessare o durare assai a lungo. Ciò essendo, lasceremo i figli che godano del possesso della legittimità sotto il peso e il danno della illegittimità, che per certo è assai meno da favorire della legittimità, considerato specialmente il possesso avutosi di questa?

è vero che egli possa trovarsi nella impossibilità di presentare l'atto di celebrazione, è pur vero che la contestazione della sua legittimità da parte del suo genitore distrugge il principio del possesso di stato che anteriormente avrebbe potuto allegare in suo favore; manca inoltre, senza dubbio, questa prima condizione necessaria per l'ammissibilità dell'eccezione;[1]

2° Che il figlio abbia avuto il possesso di stato della legittimità. Il possesso di stato, che il figlio ha della sua legittimità, conferma quello de' suoi genitori, diminuendo per tal guisa il pericolo de' loro frodolenti accordi. Il figlio può provare il possesso di stato della sua legittimità coi medesimi mezzi che nel caso relativo possono essere adoperati per la prova del possesso di stato de' suoi genitori. Ma non basterebbe che producesse l'atto di nascita, nel quale sia indicato per legittimo, perchè la legittimità indicata nell' atto di nascita rimane sempre subordinata alla prova del matrimonio de' suoi genitori; ora la legge esige appunto il suo possesso di stato di figlio legittimo, come elemento di prova di tal matrimonio, in mancanza dell' atto di celebrazione;[2]

3° Che il possesso di stato della legittimità del figlio non sia in opposizione coll' atto di nascita. Il figlio non è obbligato a presentare un atto qualunque di nascita; senza distinguere se l'atto non fu redatto, o se il figlio ignori il luogo ove fu redatto; nè è tenuto dall' altra parte a provare l'inesistenza o la perdita dei registri. L'atto di nascita dovrà invece prodursi da quello che pretende essere in opposizione di esso il possesso di stato del figlio.[3] Ove l'atto di nascita venga prodotto, non si richiede che qualifichi legittimo il figlio, perchè non gli pregiudichi; basta che non sia in opposizione col suo possesso di stato, e che non lo qualifichi affatto. Se

---

[1] Demolombe, III, 397; Marcadé, art. 197; Valette su Proudhon, II, 73; Demante, I, 388; Mourlon, I, 730; Laurent, III, 9; *contro* Duranton, II, 254.

[2] Toullier, II, 877; Aubry e Rau, IV, § cit. testo e nota 19; Valette su Proudhon, II. 72, nota *a*; Demolombe, III, 400; Laurent, III, 12.

[3] Merlin, Rép. v° Légitimité, sect. I, § 2, Quest. 6, art. 197; Duranton, II, 553; Aubry e Rau, loc. cit.; Demolombe, III, 401.

lo qualificasse per figlio naturale, per figlio nato da donna non maritata o da padre incognito, il possesso di stato non gli varrebbe. [1]

194. Verificandosi le anzidette condizioni, il possesso di stato di marito e moglie equivale all'atto di matrimonio; e di conseguenza, per questa parte, la legittimità del figlio rimane pienamente provata e reputasi goduta da lui fin dalla nascita con tutti i diritti che ne sono dipendenti. [2]

Ma l'avversario del figlio come potrebbe impugnare l'atto di matrimonio de'suoi genitori, così può combattere il possesso di stato di marito e di moglie che si pretende essersi avuto da questo. Egli può combatterlo con tutti i mezzi; così, esempligrazia, può provare che il matrimonio non è stato in realtà mai contratto; che non fu celebrato avanti l'uffiziale dello stato civile, o che è infetto di nullità per ragione di qualche impedimento dirimente o per difetto di forma; [3] semprechè siagli concessa l'azione di nullità nella relativa qualità. Può anche combatterlo mediante presunzioni gravi, precise e concordanti, giusta i principii generali di diritto, e all'uopo anche con le dichiarazioni fatte in contrario dai genitori del figlio, in quanto almeno possono escludere i rispettivi stati che da questo vengono allegati. Del resto l'apprezzamento delle prove è rimesso al prudente arbitrio dell'autorità giudiziaria. [4]

195. Quanto ai documenti, alle scritture e ai testimoni, quali mezzi di prova della celebrazione del matrimonio, essi sono ammessi in due casi, cioè:

---

[1] Valette su Proudhon, II, p. 72, nota *a*; Demolombe, loc. cit.

[2] Consulta Duranton, II, 256; Demolombe, III, 407; Aubry e Rau, IV, § cit., pag. 17; Laurent, III, 14.

[3] Merlin, Rép. loc. cit.; Toullier, II, 878 e 879; Duranton, II, 252; Aubry e Rau, IV, 20; Massé e Vergé, I, 187; Demante, I, 279; Demolombe, III, 403.

[4] Consulta, ma con discernimento, Merlin, Rép. v° Légitimité, sect. I, § 2, quest. 10, 11 e 12 sur l'art. 197; Toullier, II, 879; Demolombe, III, 405; Laurent, III, 15.

1° Quando non sieno stati tenuti i registri o siensi distrutti o smarriti in tutto o in parte, o vi sia stata interruzione nella tenuta dei medesimi (art. 117 cong. all'art. 364). Il possesso di stato, per quanto lungo non dispensa da tal prova;

2° Quando vi siano indizi che per dolo o per colpa del pubblico uffiziale l'atto di matrimonio non sia stato iscritto sui registri a ciò destinati. Ma in questo secondo caso, in tanto è ammessa la prova della celebrazione del matrimonio con documenti, scritture e testimoni, in quanto vi concorrono queste due condizioni; cioè che si presenti l'estratto delle fatte pubblicazioni o il decreto di dispensa; e che vi sia prova non dubbia di un conforme possesso di stato (art. 121).

In questi due casi tutti possono valersi di tali mezzi di prova; quindi non solo i coniugi e i loro figli, ma ancora gli altri loro parenti e i terzi che vi abbiano interesse.

196. Finalmente la prova della celebrazione del matrimonio può risultare da sentenza criminale. Per intender ciò è da ricordare che la distruzione, la soppressione, la sottrazione o il trafugamento e la falsificazione commessi negli atti dello stato civile dall'uffiziale o da altra persona, non che le violazioni delle leggi o regolamenti sulla tenuta de' libri o registri dello stato civile, commesse dalle persone che sono legittimamente incaricate della medesima, costituiscono reati (articoli 212, 341 e seg. e 520 Cod. pen.), i quali, come tutti gli altri, possono dar luogo ad un processo e ad una sentenza penale. Questa, nel tempo stesso che pronunzia la condanna del reo, attesta la celebrazione del matrimonio. Essa quindi, iscritta che sia nei registri dello stato civile, tiene luogo dell'atto di celebrazione e come tale ne forma la prova, assicura al matrimonio (posto che d'altra parte sia valido) dal giorno della celebrazione tutti gli effetti civili, riguardo tanto ai coniugi e ai figli, quanto ai terzi (art. 122). [1]

---

[1] Duranton, II, 259-261; Allemand, I, 433; Demante, I, 280 bis, 2; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 346; Demolombe, III, 409; Mourlon, I, 713; Laurent, III, 16.

È del resto indifferente qual sia la persona che abbia commesso il reato, se cioè sia lo stesso uffiziale dello stato civile o altri; è pure indifferente con qual pena sia punito il reo.[1]

Quanto all'esercizio dell'azione penale, esso è regolato dal diritto comune.[2]

L'azione può esercitarsi, vivi o morti i coniugi e i figli, ed abbiano o no questi conosciuto il fatto criminoso che aveva distrutto l'atto di matrimonio; perciocchè anche in tale ipotesi può interessare di stabilire la legittimità della loro unione e della loro filiazione.

CAPO VIII.

DISPOSIZIONI PENALI

SOMMARIO

197. Già si disse che la legge, per prevenire le celebrazioni di matrimoni contro le disposizioni riguardanti gl'impedimenti dirimenti e proibitivi, ha conceduto a certe persone il diritto di fare opposizione al matrimonio, ed ha sancito alcune pene contro l'uffiziale e gli sposi, che in dispregio di essa avessero proceduto alla celebrazione del matrimonio. Del diritto di opposizione già fu trattato;[3] resta che si discorra di codeste pene.

Pertanto incorrono nella multa di lire 200, estendibile a lire 1000, gli sposi e l'uffiziale dello stato civile, che abbiano celebrato il matrimonio senza che sia stato preceduto dalle necessarie pubblicazioni; nella multa di lire 500, estendibile a lire 2000, l'uffiziale dello stato civile che ammette a celebrare matrimonio persone, alle quali osti qualche impedimento

---

[1] Mourlon, loc. cit.; Duranton, II, 262; Demolombe, III, 410; Laurent, loc. cit.

[2] Consulta Laurent, III, 17.

[3] Vedi sopra n. 131-149.

o divieto di cui abbia notizia, o che procede alla celebrazione del matrimonio per cui non fosse competente, o nel quale le parti abbiano voluto aggiungere un termine o qualche condizione, ovvero senza che siano stati presentati all' uffizio dello stato civile i documenti richiesti dagli articoli 79 e 80; nella multa di lire 100, estendibile a lire 500, l'uffiziale dello stato civile che abbia fatto procedere alla celebrazione del matrimonio senza la richiesta o il consenso di ambedue gli sposi, o in contravvenzione all' art. 74, o che in qualunque modo contravvenga alle disposizioni degli art. 72, 75, 76, 93, 94, 95, 98 e 103, o commetta qualunque altra contravvenzione per cui non sia stabilita un pena speciale nelle disposizioni speciali scritte negli articoli 113-129.

Quando poi il matrimonio sia stato annullato per causa di un impedimento conosciuto da uno de'coniugi e lasciato ignorare all' altro, il coniuge colpevole è condannato a una multa non minore di lire 100 estendibile a lire 3000, ed anche, secondo le circostanze, al carcere estendibile a sei mesi, oltre l'indennità al coniuge ingannato, ancorchè non siasi data la prova specifica del danno (art. 127); in altri termini per farsi luogo al risarcimento de'danni basta il danno morale o di opinione: così una fanciulla, che nullamente si è sposata ad un uomo che l'ha ingannata, che l'ha deflorata e forse ancora resa madre, soffre un danno come donna conosciuta da un uomo fuori del matrimonio; per forma che il suo stabile accasamento può esser divenuto più difficile.

Finalmente la donna che contragga il matrimonio contro il divieto dell'articolo 57, l'uffiziale che lo abbia celebrato e l'altro coniuge incorrono nella multa di lire 300 estensibile a lire 1000; la donna inoltre decade da ogni donazione, lucro dotale e successione che provengono dal primo marito (art. 128).

L'applicazione di tutte queste pene è promossa dal pubblico ministero davanti il tribunale correzionale (art. 129).

CAPO IX.

DEI DIRITTI E DEI DOVERI CHE NASCONO DAL MATRIMONIO

SOMMARIO

198. Degli effetti del matrimonio in generale, rapporto ai coniugi fra loro; fra i coniugi e loro prole; fra i coniugi e i loro genitori; fra l'un coniuge e i parenti dell'altro. Di quali effetti qui si parli.

198. Conosciuto quanto riguarda la formazione del matrimonio, deve ora trattarsi de' suoi effetti.

Gli effetti del matrimonio sono numerosissimi. In vero ricordando solamente i principali, il matrimonio nei rapporti fra i coniugi impone loro i doveri di fedeltà, di coabitazione e di reciproca assistenza (art. 130); stabilisce l'autorità maritale (art. 131); rende incapace la donna a compiere certi determinati atti (art. 134); le attribuisce la stessa nazionalità e lo stesso domicilio del marito (art. 9, 14 e 18); dà luogo all'ipoteca legale (art. 1969, 4°); serve di base alla loro reciproca successione legittima (art. 753-757); e al loro diritto parimente reciproco della legittima (art. 812-814). Nei rapporti fra i coniugi e la prole, il matrimonio è fonte della legittimità e uno dei mezzi della legittimazione della prole medesima (art. 159, 194); ingenera in essi l'obbligo di educarla ed istruirla (art. 138), impone agli uni e all'altra l'obbligo reciproco degli alimenti (art. 138 e 139); e mediante la parentela e affinità che produce, estende l'obbligo degli alimenti fra altri parenti e gli affini in certi determinati limiti (art. 140 e 141). Nei rapporti fra i coniugi e i loro genitori è causa dell'emancipazione (art. 310). E finalmente stringe l'un coniuge co' parenti dell'altro col vincolo dell'affinità (art. 52).

Questi e tutti gli altri effetti che si potrebbero contare, si producono tanto dal primo, quanto dal secondo e ulteriore matrimonio; perocchè la legge patria limita il disfavore del secondo e d'ogni altro matrimonio ulteriore alla restrizione della facoltà del binubo di disporre a titolo gratuito a vantaggio

del suo secondo coniuge, quando egli abbia figli del precedente matrimonio (art. 770 e 1052), e alla diminuzione dei diritti e dei vantaggi procedenti dalla patria potestà (art. 232, 237 e 238).

Ma qui non è luogo di trattare che di quelli risguardanti la comunione della vita de' coniugi, il governo e i più diretti e intimi rapporti della famiglia. Questi effetti sono i diritti e doveri fra i coniugi e i diritti e doveri dei coniugi riguardo alla prole; e per estensione, il diritto e l'obbligo correlativo degli alimenti, avente a base il vincolo di parentela e di affinità.

SEZIONE I.

DEI DIRITTI E DOVERI DE' CONIUGI FRA LORO

SOMMARIO

199. Dei diritti e doveri dei coniugi fra loro: fedeltà, assistenza, somministrazione di ciò che è necessario ai bisogni della vita, convivenza: caratteri di tali diritti e doveri.

200. Diritti e doveri propri a ciascuno dei coniugi. Doveri propri della moglie, e correlativi diritti del marito: quella segue la condizione del marito, ne assume il cognome, deve accompagnarlo dovunque egli creda opportuno fissare la sua residenza. *Quid juris* se si rifiuti di accompagnarlo con o senza giusta causa?

201. Seguito. Doveri propri del marito, di proteggere la moglie, di tenerla presso di sè e somministrarle tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita. È lecito al marito d'impiegare la forza per ricondurre la moglie nella casa coniugale; e a questa per rientrarvi?

202. Degli effetti del matrimonio ne' rapporti fra coniugi, per quanto concerne la capacità della moglie; ossia dell'autorizzazione maritale. Fondamento e carattere di tale autorizzazione. Osservazione generale intorno alla portata delle disposizioni legislative regolatrici della incapacità della donna maritata: esse lasciano intatte le altre di diritto comune, che regolano l'incapacità delle persone e la inalienabilità di beni.

203. Da qual tempo incominci ad essere necessaria per la donna maritata l'autorizzazione del marito.

204. Per quali atti sia necessaria alla donna maritata l'autorizzazione di suo marito: atti stragiudiziali e atti giudiziali. Si enumerano gli atti stragiudiziali, pe' quali è o no necessaria l'autorizzazione maritale.

205. Si considera l'autorizzazione maritale in ordine agli atti giudiziali, secondochè è o no necessaria per i medesimi.

206. Da chi debba esser data l'autorizzazione maritale: dal marito e dal tribunale civile. Il marito può dare l'autorizzazione in genere e in ispecie per certi determinati atti. Dell'atto pubblico con cui deve esser data l'autorizzazione. In qual tempo debba esser data l'autorizzazione sia in genere, sia in ispecie. Compiuto l'atto senza autorizzazione del marito, potrà essere ratificato? L'autorizzazione speciale deve esser data in forma determinata? Trattandosi di giudizio, l'autorizzazione può desumersi da verun fatto del marito?

207. Quando si faccia luogo all'autorizzazione del tribunale: ne' casi di rifiuto dell'autorizzazione per parte del marito, di opposizione d'interessi, di separazione personale. Quali provvedimenti debbano ordinarsi dal tribunale ne' due primi casi, ove la moglie sia minore di età. Se e quando il marito di lei debba esser citato.

199. I diritti e doveri dei coniugi fra loro sono o comuni ad ambedue o propri a ciascuno di essi.

Parlando de' comuni, i coniugi innanzi tutto si debbono reciprocamente fedeltà ed assistenza (art. 130). Questi doveri non sono puramente morali, ma giuridici; in quanto sono sanzionati dalla legge civile; così il mancamento di fedeltà dà luogo alla separazione e alle pene inflitte agli adulteri;[1] e

---

[1] Il dovere della fedeltà è imposto dalla legge tanto alla moglie quanto al marito; ma tal dovere non ha sanzione giuridica rispetto all'uomo, se non sotto certe circostanze aggravanti (art. 150 Cod. civ.; e art. 482 e 483 Cod. pen.). Tutti riconoscono che l'infedeltà della moglie è più grave dell'infedeltà del marito, a motivo soprattutto dell'incertezza della prole; ma v'ha chi vorrebbe limitato l'effetto di questa differenza ad una pena più grave per la donna; mentre per altri deve essere spinto sino al punto da lasciare impunite le infedeltà vaghe del marito. All'avviso di questi ultimi si è attenuto il nostro legislatore. Noto soltanto contro i primi che la legge, non punendo quelle infedeltà non ha certo in animo di favorirle; stima soltanto che, nell'ordine sociale che essa tutela, le medesime quando sono commesse dal marito non abbiano gravità che basti a punirle. Quanto poi alla quistione della ingiustizia, che è pure rimproverata alla legge patria e a quelle che essa ha seguito, la sua soluzione è necessariamente subordinata all'apprezzamento della importanza della differente gravità, che si riscontra senza dubbio fra la infedeltà del marito e quella della moglie.

l'inadempimento del dovere di assistenza, ossia della prestazione delle cure personali, specialmente nelle sofferenze morali e fisiche, può costituire un'ingiuria grave da dar luogo alla separazione.

Debbono secondariamente somministrarsi tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle proprie sostanze (art. 132). Ma questo secondo obbligo incombe alla moglie solo quando il marito non abbia mezzi sufficienti (art. 132, capov.). Senza dubbio questo è un dovere perfettamente giuridico; imperocchè per conseguire la somministrazione del necessario possono adoperarsi tutti i mezzi giudiziali apprestati dalla legge contro qualunque debitore.

In fine i coniugi debbono convivere o coabitare insieme: anche questo dovere è, sino ad una certa misura, giuridico (art. 133).

200. Passando ai diritti e doveri propri di ciascuno de' coniugi, essi derivano da quest' unico principio; che il marito è capo della famiglia (art. 131). In virtù di questo principio la moglie segue la condizione civile del marito, ne assume il cognome ed è obbligata di accompagnarlo dovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza, fosse anche in paese straniero, essendo generale ed assoluto l' obbligo della moglie di seguire il marito per la perseveranza della comunione della vita coniugale (art. 131). [1]

Se la moglie senza giusta causa si ricusi di accompagnare il marito e di coabitare con lui, questi può privarla degli alimenti, e ottenere dall' autorità giudiziaria il sequestro di una parte delle rendite parafernali di lei a profitto suo e della prole (art. 133).

Le cause giuste, per cui la moglie può ricusarsi di seguire il marito, non sono solamente quelle che le dànno diritto alla separazione, come la vita girovaga di lui, l' improprietà del

---

[1] Delvincourt, I, 156; Proudhon, I, 452; Toullier, II, 616; Duranton, II, 435; Vazeille, II, 290; Marcadé, art. 214, 2; Demolombe, IV, 90; Aubry e Rau, IV, § 468, pag. 109; Mourlon, I, 759; Laurent, III, 86.

domicilio coniugale; ma altre ancora. Così, se il marito voglia trasferire il suo domicilio da un capo all' altro dell' Italia, o peggio in paese straniero, potrà esser per la moglie giusta causa del rifiuto di seguire il marito il cattivo stato della sua salute. Del pari possono esserne giusta causa i mali trattamenti che la moglie riceve dal marito; sebbene non siano tali da giustificare una separazione legale. Così pure può esserne giusta causa la circostanza, che il marito nella casa coniugale abiti in un appartamento separato e rifiuti di ricevervi la moglie.[1] In fine, tacendo di altre cause, la moglie può ricusarsi di seguire il marito in un domicilio coatto; e più ancora nel luogo ove da questo domicilio intendesse di fuggire. Quando però venga a cessare la giusta causa, colla quale la moglie giustificava il rifiuto di seguire il marito e di coabitare con lui; essa deve soddisfare ai suoi doveri sotto pena di essere privata degli alimenti e di aver sequestrate le rendite de'suoi beni parafernali.[2] Qualora il marito sia nel diritto di esigere dalla sua moglie il ritorno al domicilio coniugale e ne faccia uso, deve fornirle i mezzi per lasciare convenevolmente l' abitazione sino allora tenuta, ed anche pagarne i debiti contratti da lei per alimentarsi; specialmente se il marito ne tollerò l'allontanamento dalla casa coniugale.

201. Alla sua volta il marito ha il dovere di proteggere la moglie, di tenerla presso di sè e somministrarle tutto ciò ch' è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze (art. 132). Se il marito si ricusi di ricever la moglie presso di sè, deve esser condannato a somministrarle gli alimenti. Nulla rileva che la moglie sia colpevole di fatti che dànno al marito il diritto di domandare la separazione personale: egli non può sottrarsi all'obbligo di proteggere la moglie e di tenerla presso di sè, se non mediante legale separazione pronunziata dall'autorità giudiziaria o convenuta fra lui e sua

---

[1] Consulta Laurent, III, 87.

[2] Demolombe, IV, 94; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 121 testo e nota 11.

moglie, a termine di legge.[1] E se il marito abbia bisogno degli alimenti, la moglie che da lui non è ricevuta nella casa coniugale, può rifiutarsi a prestarglieli (arg. art. 133).[2]

Ma per assicurare l'osservanza del dovere della coabitazione da parte sia del marito, sia della moglie, non è permesso l'impiego della forza; imperocchè questa è impotente a ristabilire e mantenere la comunione della vita coniugale.[3]

---

[1] Toullier, XIII, 100; Demolombe, IV, 110; Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Consulta il Processo verb. 10, V.

[3] In diritto francese tanto gl'interpreti, quanto la giurisprudenza propendono ad ammettere l'uso dei mezzi coercitivi per ricondurre la moglie nell'abitazione coniugale (consulta in questo senso Vazeille, Du mariage, II, 291; Toullier, XIII, 109; Valette, su Proudhon, I, 453; Coin-Delisle, De la contrainte par corps, n. 258; Demante, I, 297 bis 3; Odillon Barrot, Enciclop. du droit, v° Mariage, art. 2, n. 5 e 13; Marcadé, art. 114, 2; Demolombe, IV, 107; Aubry e Rau, IV, 119; Mourlon, I, 758; consulta pure le molte sentenze che essi citano nel senso della loro dottrina). Ai pochi avversari di tale dottrina (Duranton, II, 440; Duvergier su Toullier, I, 616, n. 1; Delvincourt, I, 155) era fatto rimprovero di confondere il mezzo coercitivo diretto a ricondurre la moglie nella casa coniugale con l'arresto personale. E a chi obiettava contro l'impiego della forza pubblica, ch'esso è affatto inefficace, in quanto che la moglie, ricondotta nella casa coniugale può fuggirne di nuovo, non potendo il marito tenerla chiusa come in prigione privata, si faceva osservare che la moglie rientrata nella casa coniugale può esservi trattenuta dalla presenza dei figli, che avrà abbandonato, dal sentimento del dovere rinato e rinvigorito sotto l'influenza di saggi consigli e dalle premure affettuose del marito, ed anche dal timore di essere novamente consegnata alla pubblica forza, il cui anteriore impiego non può non avere lasciato un'impressione salutare sull'animo di lei, se non avrà perduto affatto ogni sentimento di pudore.

La dottrina comune seguii ancor io (vedi le mie Istituz., lib. I, n. 356, pag. 258 testo e nota 3). Ma fra i più recenti scrittori patrii, gli esimii professori Buniva (Studi sopra il libro primo del Cod. civ. pag. 8; e Delle persone pag. 247 e 248) e Saredo (Trattato del diritto civile patrio, I, 192); e fra gli stranieri l'insigne Laurent (III, 93), dopo l'Arntz (Cours de droit civ. français, I, 381, 6°) adottarono la dottrina meno comune.

La quistione fu portata avanti la Corte di Torino dai medesimi coniugi Suarez che figurano come parti contendenti nella sentenza della Corte di cassazione di Torino, che viene riferita.

Quella Corte la risolse in senso negativo con sentenza dell'8 ottobre 1867.

202. In virtù dello stesso principio, che il marito è capo della famiglia, la moglie non può compiere certi atti determinati, senza l'autorizzazione di lui o del tribunale civile.

Importa grandemente di notare fin da ora, che le disposizioni legislative risguardanti l'autorizzazione anzidetta regolano

---

La Corte di cassazione di Torino, che avrebbe potuto rendere al fòro un segnalato servigio, decidendola, la lasciava affatto indecisa.

Fra tante ambiguità, quale delle due dottrine dovrà preferirsi? Per decidersi a favore dell'una piuttosto che dell'altra, reputo indispensabile di prescindere affatto dalle argomentazioni piuttosto logiche che giuridiche *hinc inde* addotte; parmi che non siano sufficienti a togliere ogni dubbiezza; specialmente se si abbia riguardo agli eminenti giureconsulti che in contrario senso vi si affidano.

Affidiamoci possibilmente a ragioni puramente e strettamente giuridiche.

A mio avviso, ha un grande valore il precedente storico indicato primamente dal professor Buniva, e sulla sua autorità, dalla Corte di Torino; l'abbandono cioè fatto dal nostro legislatore dell'art. 140 del Codice Albertino che nella smisurata sua estensione autorizzava senza dubbio l'uso dei mezzi coercitivi per ridurre la moglie al dovere di coabitare col marito. Il non avere accolto il nostro legislatore tale disposizione nel nuovo codice, dimostra, a mio avviso che egli non volle autorizzare l'uso dei mezzi coercitivi a cotale oggetto.

Ma e l'art. 133, secondo che io reputo, ne somministra argomenti validissimi a favore della dottrina che rifiuta l'uso di mezzi coercitivi; in altri termini la nostra legislazione non garantisce l'osservanza del dovere che alla moglie incombe, di coabitare col marito, se non colle sanzioni indirette stabilite dall'art. 133.

In vero primieramente l'art. 133 dispensa il marito dall'obbligo di somministrare gli alimenti alla moglie, quando questa, allontanatasi senza giusta causa dal domicilio coniugale, ricusi di ritornarvi, e reciprocamente nega alla moglie il correlativo diritto di chiederli. Tale liberazione da una parte, tale diniego dall'altra, sono forse una conseguenza giuridica della separazione di fatto che ha luogo per volontà disordinata della moglie? No certo, imperocchè la separazione legale che si pronunzi *per colpa* della moglie, (notatelo bene) *per colpa* della moglie, non la priva del diritto di conseguire gli alimenti da suo marito (art. 156, in fine). È senza dubbio cosa ben più grave una separazione legale per colpa della moglie, che una separazione di fatto senza giusta causa per parte di lei. Sarebbe adunque illogica la legge, se essa, col privare la moglie del diritto agli alimenti, non siasi prefisso un altro scopo. E questo scopo qual altro può essere, se non questo di vincere il rifiuto di lei a ritornare presso il suo marito? La posizione di fatto, che si descrive dal citato articolo nella sua prima parte

la capacità della donna nella sola qualità di moglie: esse lasciano intatte quelle che ne regolano la capacità nella qualità di minore, o di maggiore inabilitata o interdetta, e quelle che riguardano l'inalienabilità dei beni. In questi casi è necessario di applicare le une e le altre nei rispettivi rapporti. Quindi,

---

non può lasciar dubbio intorno a ciò. Esso vi pone sott'occhio una moglie che senza giusta causa si è allontanata dalla casa coniugale e che ricusa di ritornarvi. Or se di fronte a questa posizione di fatto che importa violazione di fatto di un dovere morale della moglie, la legge arma il marito di un diritto, che in verun altro caso ha, a che altro, ripeto una volta, essa può mirare, se non a far cessare quella posizione di fatto, e a far riparare la violazione di quel dovere? Non è poi da dimenticare del tutto che nel diritto francese, in mancanza di formale disposizione si è proposta, come garantía del dovere morale della moglie di coabitare col marito, il diritto di questo di rifiutare gli alimenti alla medesima. Questo precedente dottrinale aggiunge valore senza dubbio al significato che con altri do alla prima parte della disposizione del citato articolo.

E tale valore si accrescerà notabilmente per quello che sono per dire.

Il privare la moglie che si rifiuta di ritornare senza giusta causa nel domicilio del marito, non è sempre una garantía efficace dell'anzidetto suo dovere coniugale; perocchè può possedere beni parafernali, dai quali trarre anche esuberantemente di che vivere. È questa la critica fatta alla precedente dottrina proposta nel diritto francese. Per creare quindi una sanzione efficace, non rimaneva altro che dare facoltà al marito di sequestrare le rendite parafernali della moglie. Ciò fu proposto nel diritto francese da parecchi dottori; ma la loro proposta non potè essere accettata da tutti per mancanza di base legale (Consulta Arntz, loc. cit.).

La base legale non le manca invece nel nostro diritto. Il capoverso del citato art. 133 dispone formalmente, potere l'autorità giudiziaria, secondo le circostanze, ordinare a profitto del marito e della prole il sequestro temporaneo di parte delle rendite parafernali della moglie.

Il diniego del diritto agli alimenti da una parte, il sequestro di una porzione delle rendite parafernali dall'altra, pongono la moglie in grandissime strette economiche sino a ridurla quasi povera. La povertà, il bisogno, o solo la cessazione dell'abituale agiatezza passata non sono, specialmente per una donna che va a trovarsi probabilmente abbandonata, tanto lievi mali che essa osi sempre e lungamente affrontare impavida.

Ecco adunque accresciuta e resa efficace la garantía dell'osservanza del dovere coniugale della moglie di coabitare con suo marito.

esempigrazia, sarà valido il mutuo contratto da lei debitamente autorizzata; ma sarà nulla l'ipoteca concessa da lei sui beni dotali; se non siano state osservate le disposizioni degli articoli 1404 e 1405.[1]

Tale garantia ha un'efficacia assoluta, immanchevole? No senza dubbio. La moglie, anche ridotta in bisogno, anche gittata nella più squallida miseria, può rifiutarsi ostinatamente di tornare appresso di suo marito. Ma la legge, attesa e la natura speciale del dovere, la cui osservanza si trattava di garantire, e l'inefficacia quasi assoluta dell'impiego della forza, non poteva procedere più oltre.

Anzi essa non ha spinto questo genere di garantia all'ultimo grado o all'estremo confine. Essa avrebbe potuto dar facoltà all'autorità giudiziaria di ordinare il sequestro di *tutte* le rendite parafernali della moglie. Ne ha invece autorizzato il sequestro di una parte. La legge in ciò fu umana, equa, anzi giusta. Il diritto alla sussistenza, il diritto alla vita vince ogni altro diritto. Il dovere di non spingere chicchessiasi sulla via della immoralità, vince del pari ogni dovere. Ora, privando la donna maritata di *tutte* le sue rendite parafernali, si riduce nella dura, inevitabile necessità o di morir di fame, o di procacciarsi di che vivere, elemosinando, abbassandosi a prestare umili servigi, o abbandonandosi alla prostituzione o al lenocinio. Può lavorare; ma ogni donna è educata sì abilmente e fortemente da guadagnarsi il vitto col lavoro? Il lavoro della donna rende sempre quanto basta a vivere?

Ma checchè di ciò sia; la legge, lo ripeto, ha posto un limite umano, equo, giusto al suo rigore.

E questo limite deve essere per noi ragione di non ammettere altra garantia del dovere che alla moglie incombe, di coabitare con suo marito; quando essa garantia sia più rigorosa di quella contenuta nel citato art. 133. Altrimenti violeremmo la legge, sorpassandola. Or senza dubbio l'uso della forza è un mezzo coercitivo assai maggiore e più grave del diniego degli alimenti e del sequestro di una parte delle rendite parafernali. Esso perciò deve ritenersi bandito dalla nostra legislazione.

Queste considerazioni mi sembrano sì gravi e concludenti da non poter perseverare nella dottrina comune che abbracciai da principio, e da dovermi invece ascrivere fra i seguaci della contraria.

Resta che noti egual decisione doversi dare nel caso che la moglie volesse con la forza rientrare nella casa coniugale contro la volontà del marito che rifiuti di tenerla presso di sè. Non può essa che dimandare la separazione personale per colpa del marito. Le conseguenze di questa colpa a carico del marito sono la garantia del diritto di lei. È una garantia minore di quella che abbia il marito contro la moglie; ma ciò deriva dalla diversa natura dei rispettivi doveri.

[1] C. C. Napoli, 7 lug. 1866; A. I, I, 88.

L'autorizzazione del marito è un omaggio reso all'autorità maritale, un pegno dell'armonia tra i coniugi e una garanzia dell'ordine e degl'interessi della famiglia; e non mai una tutela alla fragilità del sesso; perciocchè la donna nubile o vedova ha il pieno esercizio di tutti i diritti civili, ed anche della patria potestà.[1]

Di qua deriva che l'incapacità della donna maritata non è soggettiva, ma oggettiva, in quanto si riferisce non a difetto di qualità personale, ma all'importanza di certi atti della vita civile.

L'autorizzazione del marito, o l'incapacità che ne risulta per la moglie, è di diritto pubblico, siccome il matrimonio che ne è la causa; perciò la moglie non può rinunciarvi;[2] nè entrambi i coniugi possono derogarvi neppure nelle convenzioni matrimoniali (art. 1379).

203. L'autorizzazione è necessaria alla moglie dalla celebrazione allo scioglimento del matrimonio, salve le eccezioni stabilite dall'articolo 135. Resta inteso che si tratti di matrimonio valido. Ove al contrario il matrimonio sia stato contratto nullamente, la mancanza di autorizzazione non può essere opposta a chi contrattò o stette in giudizio colla moglie; in questo senso, che egli può nei relativi casi dimandare la nullità del matrimonio per sostenere la validità dell'atto o del giudizio. Nulla rileva del resto, che le convenzioni matrimoniali siano regolate sul sistema dotale o su quello della comunione, o che manchino affatto.[3] Ma la dote e la comunione sono rette dalle leggi speciali che le risguardano (art. 1388, 1424, 1433 e 1446).

204. L'autorizzazione è necessaria alla moglie per atti stragiudiziali e giudiziali. In ordine agli atti stragiudiziali, la donna

---

[1] Consulta gli atti della Camera dei deputati, pag. 4656 e 4681; Processi verbali, 11 e 16; Scotti, Dell'autorizzazione maritale e giudiziale secondo il Codice civile italiano, Archivio giuridico, IV, 387 e seg.; Vacca, Relazione a S. M.; Demolombe, IV, 113-117; Aubry e Rau, IV, 122-123 testo e nota 5.

[2] Torino, 20 dic. 1869, B. XXI, 2, 962.

[3] Demolombe, IV, 120; Aubry e Rau, loc. cit.

non può donare neppure ai propri figli [1] nè i beni immobili, nè i mobili (art. 134).

Non può neppure alienare a titolo oneroso i beni immobili; quindi non può venderli, darli in pagamento, permutarli, darli in enfiteusi o in ipoteca, [2] nè imporvi servitù personali o reali (art. 134). [3] Nulla rileva che l'immobile sia stato acquistato dalla donna co' suoi risparmi o co' suoi lucri ritratti dall'industria e dalla mercatura; [4] in effetto la legge è assoluta; ed anche in tal caso ha luogo e valore la ragione dell'autorizzazione.

Parimente non può contrarre mutui di qualsiasi somma e per qualsiasi erogazione, anche d'ordine meramente amministrativo, come per fare riparazioni a' suoi beni, salvi sempre gli estremi casi di urgenza, specialmente domestica (art. 134).

Alla donna maritata non è data neppure la facoltà di cedere o di riscuotere capitali senza la debita autorizzazione; [5]

---

[1] Processo verb. 11, IV.

[2] Se la donna maritata acquista beni immobili senza avere adempiuti gli obblighi impostigli dall' atto di acquisto, sarà valida l' ipoteca legale iscritta dal conservatore delle ipoteche in base agli articoli 1969, 1° e 1985? L'avv. Scotti nel pregevolissimo suo scritto sopra citato (art. quarto, § 4°) risponde in senso affermativo; ed ha ragione; perchè come giustamente osserva, è la legge che sottopone lo stabile all' ipoteca, e non la convenzione contrattuale della donna maritata.

[3] Scotti, art. cit. § 2°; Torino, 20 dec. 1869, A. III, II, 583.

[4] Proudhon, II, 433; Toullier e Duvergier, II, 276; Duranton, III, 683.

[5] Veramente il riscuotere capitali è un atto di amministrazione che pure è lasciato libero alla donna maritata; ma la legge col renderla incapace a riscuoterli, l' assoggetta implicitamente all' obbligo del rinvestimento secondo le condizioni a cui il marito o il tribunale può aver sottoposta l'autorizzazione; altrimenti l' incapacità di riscuotere sarebbe illusoria; perchè la moglie potrebbe disperdere i capitali, non appena riscossi. Giova ricordare che i frutti naturali o civili provenienti dai beni della donna maritata, non costituiscono capitale, a qualunque somma, anche grandissima, essi ascendano; la percezione di essi rientra fra gli atti di ordinaria amministrazione, che la medesima può fare senza l' autorizzazione del marito, semprechè non siano riscossi per anticipazione in tal cumulo da doversi assimilare alla riscossione di capitali (Consulta Scotti, Op. cit., art. 4, § 6°; Torino, 1 giu. 1867. A. I, II, 434).

e costituirsi sicurtà nè del marito nè dei terzi, o transigere e compromettere relativamente a tali atti (art. 134 Cod. civ. e art. 9 Cod. di proc. civ.).

In fine la donna maritata non può, senza l'autorizzazione del marito, accettare mandati (art. 1743), o l'ufficio di esecutrice testamentaria (arg. art. 1743 congiunto coll'art. 904 e 1006).

Al contrario la donna maritata può, senza autorizzazione, non solamente fare gli atti ordinari di semplice amministrazione (come far locazioni di breve e lungo tempo, [1] trascrivere gli atti di acquisto, iscrivere e rinnovare ipoteche, e in generale prendere tutti i provvedimenti per la conservazione e garanzia de'suoi diritti); [2] ma può eziandio fare que'doni manuali che non soggiacciono alle norme delle donazioni, [3] stipulare i contratti di sorte e di società, [4] procedere alla divisione de' suoi beni [5] anche immobili, [6] acquistare anche a titolo gratuito ed oneroso beni immobili e mobili, [7] accettare e rinunziare donazioni, successioni, legati (arg. *a contr.* art. 930, 931),

---

[1] Consulta il mio Trattato delle locazioni, n. 41; Scotti, Op. e art. cit.; § 3°; Archivio giuridico, IV.

[2] Toullier, XIII, 197; Troplong, Des hypotèques, IV, 951 e 952; Demolombe, IV, 133; Aubry e Rau, IV, 127.

[3] Processi verb. loc. cit.; Scotti., Op. cit., art. quarto, § 4°.

[4] Processi verb. cit. VI.

[5] C. C. Napoli, 4 giugno 1870; A. IV, I, 271.

[6] Questa decisione si basa sul carattere dichiarativo e non traslativo della divisione (art. 1034). La Corte di appello di Napoli (14 nov. 1868; A. II, II, 582) giudicò, essere necessaria alla donna maritata l'autorizzazione per procedere alla divisione de' suoi beni; perchè, essa dice, la divisione è dichiarativa per finzione creata dall'antica giurisprudenza francese, e riprodotta nei nuovi Codici nel fine di rilevare il coerede dalle molestie de' terzi, che avesse contrattato con altri eredi, ma nel fatto è traslativa di proprietà, e tal'è pei principii della scienza. Ma questa sentenza fu cassata.

[7] La donna maritata può a titolo oneroso acquistare beni mobili e immobili anche a credito; ossia costituendosi debitrice del prezzo; perocchè l'assunzione di tal debito non è un mutuo. Valido il debito, è pur valida l'ipoteca legale presa dal conservatore a favore dell'alienante, siccome or ora notava (Vedi nota 2, pag. prec.; Scotti, nel luogo ivi cit. e nel § 5°).

fare e disfare testamenti, [1] revocare donazioni, [2] fare pagamenti, rinvestire capitali, alienare a qualunque titolo oneroso beni mobili.

Parimente può contrarre obblighi di fare, come ascriversi in una compagnia drammatica, semprechè l'adempimento di tale obbligo sia conciliabile col dovere di coabitare col marito, o che questi consenta all'allontanamento di lei; [3] altrimenti non si farà luogo neppure al risarcimento de' danni (art. 1225): ed esercitare la mercatura, salva la disposizione dell'articolo 7 del Codice di commercio. Può eziandio riconoscere i figli naturali procreati col marito o con altri (arg. art. 183), [4] esercitare sui figli legittimi o naturali non avuti dal marito, o riconosciuti da lei solamente, tutti i diritti della patria potestà o della tutela legale; come consentire al loro matrimonio ed emanciparli. [5]

In somma può fare tutti gli atti che non sono specificamente nominati nell'articolo 134, senza che sia lecito ampliarne la disposizione per argomenti, quantunque concludentissimi, basati sullo spirito della legge. [6]

---

[1] Demolombe, IV, 183, 185.

[2] Demolombe, IV, 186.

[3] Consulta il mio Trattato delle locazioni, n. 41.

[4] Aubry e Rau, loc. cit.

[5] Merlin, Répert. v° Empêchement de mariage, § 5, art. 2, n. 10; Aubry e Rau, loc. cit.

[6] Molte di queste decisioni possono sembrare men conformi alla istituzione dell'autorizzazione maritale, ma le contrarie sarebbero evidentemente illegali, non tanto per il principio che *exceptio est strictissimæ interpretationis*, quanto per il carattere speciale dato dal nostro legislatore a quella istituzione. È saputo che l'autorizzazione maritale era esclusa dal progetto Pisanelli, e che la Commissione senatoria la ristabilì amplissima, e quasi coi termini del Codice Napoleonico, avendo proposto l'art. 143, così concepito: « La moglie non può stare in giudizio, donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, transigere, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, acquistare a titolo gratuito od oneroso, nè in generale fare alcun atto che ecceda l'ordinaria amministrazione senza l'autorizzazione del marito »; l'art. 960, in cui si disponeva che le donne maritate non possono accettare validamente un'eredità senza l'autorizzazione del marito o dell'autorità giudiziaria, in conformità degli art. 143 e 144; e finalmente l'art. 1091, in cui si voleva prescritto che « la donna

Inoltre l'autorizzazione non è punto necessaria per tutte le obbligazioni la cui validità è indipendente dalla capacità della donna maritata. Quindi essa, indipendentemente da ogni autorizzazione, è tenuta per le obbligazioni derivanti direttamente dalla legge, quale, esempigrazia, è quella di somministrare gli alimenti a certe persone (art. 138-140), e di esercitare la tutela del marito interdetto (art. 330) e la cura del figlio emancipato (art. 315); restando perciò obbligata per la gestione dell'una e dell'altra.[1] È del pari tenuta per le obbligazioni derivanti dall'impiego dell'altrui a proprio profitto; come se senza autorizzazione avesse contratto un mutuo, e col denaro avutone avesse dimesso un debito o fatte spese necessarie o utili; perciocchè l'equità non consente che alcuno arricchisca a detrimento altrui (arg. art. 1141, 1243 e 1307).[2] È pure tenuta per le obbligazioni derivanti da un quasi-contratto formato dal fatto di un terzo; come se questi, per esempio, avesse tenuta la gestione degli affari di lei, e in tale ipotesi è tenuta per l'intero, e non fino alla concorrenza del profitto ritrattone;[3] od anche, secondo che reputo, derivanti da un

---

maritata non può accettare una donazione senza l'autorizzazione del marito, o quella dell'autorità giudiziaria a norma degli art. 143 e 144. » La Commissione incaricata di proporre le modificazioni al Codice civile soppresse i due incisi del primo articolo, e per intero gli altri due articoli, e manifestò l'intendimento di colpire « la donna maritata non di una incapacità assoluta, quasi soggettiva, ma di una semplice incapacità relativa, ossia oggettiva per certi atti determinati e più importanti e non per altri. » Per verità l'accettazione e la rinunzia delle donazioni, e più ancora delle successioni è fra gli atti più importanti, ma non sono determinati dalla legge. Si tenga conto attentissimo di queste considerazioni per non avere ad applicare illegalmente le cento decisioni contrarie dei dottori e tribunali di Francia, e de' paesi ove dominò immutato, almeno in questa parte, il Codice Napoleonico.

[1] Aubry e Rau, IV, § 472, pag. 126 testo e nota 21; Demolombe, IV, 176; *contro* Duranton, II, 500.

[2] Delvincourt, I, 163; Duranton, II, 497; Toullier, II, 627; Aubry e Rau, IV, § cit., pag. 127; Mourlon, I, 790.

[3] Delvincourt e Duranton, loc. cit.; Mourlon, I, 791; Toullier, XI, 39; Demolombe, IV, 177; Aubry e Rau, IV, § cit., pag. 126 testo e nota 22.

quasi-contratto formato dal fatto della donna stessa, come se essa avesse tenuto la gestione degli affari altrui; [1] e in fine per le obbligazioni derivanti da un delitto o da un quasi-delitto (art. 1151). [2]

Per le obbligazioni che la moglie senza autorizzazione avesse validamente assunto ne'limiti della sua capacità, restano obbligati non solo i suoi beni mobili, che può alienare senza autorizzazione, ma eziandio i beni immobili (art. 1940, 2076). [3]

205. In ordine poi agli atti giudiziali la donna maritata non può stare in giudizio senza autorizzazione relativa a tutti

---

[1] Sono di opinione contraria Demante, I, 3005; Marcadè, art. 217: Duranton, II, 497; Demolombe, II, 181; Aubry e Rau, IV, § 451 bis, 12; Mourlon, I, 791, ma quest'ultimo sull'autorità di Valette (su Proudhon, I, 463) aggiunge in nota quanto segue: « Io non comprendo bene questa dottrina. La donna che senza autorizzazione di suo marito tratta gli affari altrui, non è obbligata verso i terzi coi quali ha contrattato su oggetti riguardanti la sua gestione: la cosa è per se stessa evidente. Ma non comprendo che essa non contragga obbligazione verso il proprietario. Egli è chiaro innanzi tutto che la donna è obbligata a restituire le somme o i capitali che ha ricevuto per conto del proprietario, altrimenti contro ogni legale principio si arricchirebbe a detrimento di costui. In quanto poi ai danni che avesse cagionato, esercitando male o abbandonando intempestivamente la gestione assunta, non dovrà forse ripararli? Anche ciò mi sembra evidente, perciocchè le colpe o imprudenze che ha commesso costituiscono un quasi-delitto. Ora i suoi quasi-delitti la obbligano! D'altra parte per quale ragione mai il proprietario deve soffrire in pace un danno che non ha potuto prevedere? Per le quali considerazioni ci sembrerebbe doversi conchiudere che la donna, la quale senza autorizzazione del marito tratta gli affari altrui, si obblighi verso il proprietario in tutti i casi, ne' quali resterebbe obbligato un gestore che goda intiera capacità giuridica. Nè si opponga che la moglie non possa accettare mandato senza autorizzazione del marito, perciocchè in questa ipotesi il mandante imputi a sè di avere affidato i suoi interessi ad una incapace, mentre la stessa censura non può farsi a colui i cui affari sono impresi a trattare a sua insaputa da una estranea. » Or bene queste osservazioni a me sembrano perfettamente giuridiche e concludentissime, perciò non esito a seguire l'opinione meno comune.

[2] Delvincourt, I, 162; Duranton, II, 493; Demolombe, IV, 278; Mourlon, Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Duranton, I, 492; Valette su Proudhon, I, 165; Demante, I, 423; Demolombe, II, 461; Mourlon, Op. cit. I, 767 e Examen critique du Comment. de Mr Troplong sur les priv. I, 6.

gli atti che non può fare senza la stessa autorizzazione (art. 134). Quindi, esempigrazia, le è necessaria per stare in giudizio per cause relative a riscossione di capitali; [1] per causa importante alienazione di beni immobili.[2]

L'autorizzazione è necessaria avanti ogni giurisdizione, non esclusa quella de'conciliatori, [3] e in tutti i gradi, [4] senza distinguere se la donna maritata sia attrice o rea convenuta, e senza punto interessarsi qual sia il suo avversario. [5] Deve però trattarsi di giudizio petitorio e non possessorio; perciocchè lo sperimento dell'azione possessoria è compreso fra gli atti di ordinaria amministrazione, che sono lasciati nel libero esercizio della donna maritata. Per questa stessa ragione può fare gli atti richiesti per costituire in mora i suoi debitori, per protestare cambiali, e tutti gli atti conservativi, salva l'autorizzazione, ove sia necessaria, nel momento in cui, per la materia cui tali atti risguardano e che è superiore alla sua capacità, debba stare in giudizio.

L'autorizzazione è necessaria alla donna maritata per stare in giudizio, non solo per controversie insorte dopo la celebrazione del matrimonio, ma eziandio per quelle pendenti in tal tempo e che non sono in istato di essere decise. Che anzi è necessaria per proseguire il giudizio introdotto prima e pendente nel tempo dell'attuazione del nuovo Codice; essendochè la disposizione dell'articolo 134 appartiene per questa parte all'ordine giudiziario.[6]

Come si notava, l'autorizzazione per stare in giudizio è necessaria per que'soli atti che la moglie non può compiere liberamente;[7] quindi non è necessaria per difendersi contro

---

[1] Brescia, 18 sett. 1867, A. II, II, 175.

[2] Napoli, 14 nov. 1868, A. II, II, 582.

[3] Merlin, Rép. v° Bureau de conciliation, n. 4; Duranton, II, 452; Demolombe, IV, 128 e seg., Aubry e Rau, IV, 123.

[4] Demolombe, IV, 131.

[5] Vedi Mourlon, I, 772.

[6] C. C. Torino, 6 sett. 1867; A. I, I, 413.

[7] Consulta Torino, 20 dec. 1869; A. III, II, 583.

una dimanda d'interdizione diretta contro di lei, nè per promuovere l'interdizione contro suo marito (art. 326); non per dimandare la nullità del suo matrimonio, e meno per esibire alla cancelleria del tribunale il suo ricorso per la separazione di corpo (arg. art. 806); da ultimo non per agire o difendersi innanzi tribunali criminali o correzionali.

206. L'autorizzazione deve essere data dal marito o dal tribunale civile.

Il marito può dare l'autorizzazione in genere per tutti gli atti giuridici che la moglie voglia fare,[1] e in ispecie per alcuni.

L'autorizzazione deve essere data per atto pubblico, sia per dare solennità all'atto, onde ne apparisca meglio anche l'importanza morale, sia per garantire l'interesse dei terzi che fanno affari colla donna maritata; a pregiudizio de'quali altrimenti potrebbe venire a mancare la prova dell'autorizzazione, e farsi luogo nel loro danno alla dimanda di nullità degli atti e dei giudizi fatti da essi con la medesima (art. 134 capov.). Al contrario l'autorizzazione non può essere data dal marito nè per iscrittura privata, nè a parole. Molto meno può farsi risultare da fatti, nè dalla presenza di lui alla stipulazione dell'atto.

L'autorizzazione in genere deve esser data dopo contratto il matrimonio; perocchè per effetto di questo la capacità della moglie subisce restrizione.[2]

L'autorizzazione speciale deve essere data anteriormente o contestualmente alla stipulazione dell'atto e non dopo; ma in quest'ultimo caso può aver luogo la ratifica, la quale sanerebbe la nullità di cui gli atti sono infetti. La ratifica è regolata, anche in questa materia, dalle disposizioni generali

---

[1] La facoltà accordata dalla legge al marito, di autorizzare in genere la moglie a compiere tutti gli atti giuridici che voglia, conferma che quest' istituto non ha punto carattere odioso verso la donna maritata; escludendo ogni idea di debolezza o imbecillità del sesso; e conferendo alla medesima il pieno esercizio de'suoi diritti civili.

[2] Consulta Scotti, Op. e art. cit., § 9.

contenute negli articoli 1308 e 1309; per quanto e nel modo che ne comporta l'applicazione.

L'autorizzazione speciale può esser data in qualunque forma, non essendone prescritta alcuna dalla legge; cosicchè può anche bastare la sola firma del marito, apposta all'atto pel quale è richiesta la sua autorizzazione; è però sempre necessario che l'atto sia pubblico.[1]

Si reputa poi concessa l'autorizzazione maritale alla moglie per stare in giudizio, come convenuta, se il marito citato nello stesso giudizio per autorizzarla non comparisca, o comparendo non dichiari nel termine stabilito per rispondere, di ricusare l'autorizzazione (art. 803, Cod. proc. civ.).[2] Ma la presenza del marito al giudizio non equivale ad autorizzazione, se egli vi sta per conto proprio e vi spiega domande diverse o contrarie a quelle della moglie.[3]

207. Si fa poi luogo all'autorizzazione dal tribunale, nell'interesse sia della donna, sia della famiglia,[4] ne'seguenti casi; cioè,

1° Quando il marito ricusi di autorizzar esso la moglie a fare un determinato atto (art. 136);

2° Quando siavi opposizione d'interesse fra il marito e la moglie (art. 136);[5]

3° Quando la moglie sia legalmente separata del marito per sua colpa o per colpa di entrambi, o per mutuo consenso (art. 136).

Ne'due primi casi, cioè di rifiuto del consenso da parte del marito e di opposizione d'interessi; se la moglie sia minore di età, il tribunale deve nominarle un curatore speciale per

---

[1] Consulta Scotti, loc. cit.

[2] C. C. Torino, 21 mag. 1869, A. III, I, 84.

[3] Milano, 5 sett. 1868; A. III, II, 621.

[4] Consulta Laurent, III, 126.

[5] Debbo notare che v'ha tendenza nella giurisprudenza ad esigere l'autorizzazione giudiziale per ogni atto in cui ha interesse il marito (consulta Milano 29 mag. 1868, B. XX, 2, 450); ma tale pratica è essa conforme alla legge?

assisterla nel giudizio o nell'atto, per il quale sia stata autorizzata (art. 804 Cod. proc. civ.).

In ogni caso poi il tribunale non può concedere l'autorizzazione alla moglie, se prima il marito non sia citato a comparire in camera di consiglio, salvi i casi di urgenza; come se, esempigrazia, si trattasse di vendere un immobile o di contrarre un mutuo per eseguire riparazioni urgentissime o per impedire la subastazione di beni e qualunque altra esecuzione giudiziale, specialmente se il marito stesse lontano; o si trattasse di far confermare un sequestro assicurativo dalla donna, provocato contro suo marito (art. 136 capov.). [1]

Resta inteso però che la donna maritata non ha bisogno d'autorizzazione giudiziale, se non per gli atti tassativamente indicati dalla legge; nei quali le sarebbe necessaria per obbligarsi validamente e stare in giudizio l'autorizzazione del marito. Quindi, esempigrazia, nessun'autorizzazione occorre alla moglie per agire giudizialmente contro il marito, all'effetto di costringerlo al pagamento di prestazioni alimentarie che si è obbligato di corrisponderle durante la loro separazione di fatto. [2]

208. L'autorizzazione del tribunale civile non può essere che speciale, e il procedimento per ottenerla è stabilito dagli articoli 799-805 del Codice di procedura civile.

Nei casi nei quali è necessaria l'autorizzazione del tribunale l'assenso datovi dal marito non vale a tenerne le veci: talchè l'atto fatto dalla moglie sarebbe annullabile per difetto di questa formalità abilitante. Ma l'assenso del marito, manifestato in un atto valevole a fornirne la prova, esime la moglie dalla formalità di citare il marito, e questi di comparire personalmente davanti il tribunale. [3]

Resta a notare che il tribunale civile [4] competente per

---

[1] Lucca, 15 giugno 1869, A. III, II, 159.

[2] Lucca. cit.

[3] Scotti, Op. cit., cap. V, art. primo, § 6; Casale, 1 sett. 1868, Temi Casalese.

[4] Il tribunale penale non è competente ad autorizzare la moglie, neppure allora che essa si costituisca parte civile (Torino, 9 mag. 1868, B. XX, 2, 387).

autorizzare la moglie è quello del luogo, ove essa è domiciliata, senza distinguere, se nei relativi casi essa abbia il domicilio legale del marito, o un domicilio suo proprio; imperocchè trattasi di materia eminentemente personale, come quella che risguarda la capacità della moglie dipendente dal suo stato o da'suoi rapporti di famiglia:[1] salva per altro la disposizione dell'articolo 803 del Codice di procedura civile.

209. Tanto l'autorizzazione maritale, quanto la giudiziale non è necessaria ne'casi nei quali sarebbe altrimenti richiesta, in primo luogo quando il marito sia minore, interdetto,[2] assente o condannato a più di un anno di carcere, durante l'espiazione della pena (art. 135, 1°).

L'emancipazione del marito minore, che ha sempre luogo in forza del matrimonio (art. 310), non gli conferisce il diritto di autorizzare in verun atto la moglie; perciocchè non potrebbe autorizzare che quelli i quali possono farsi da lui liberamente; ora in riguardo a questi la moglie non abbisogna di autorizzazione (art. 317 e 318).

Quanto all'interdizione non deve distinguersi, se sia giudiziaria o legale. L'inabilitazione deve equipararsi all'interdizione in riguardo alla necessità dell'autorizzazione, perciocchè l'inabilitato non può certamente autorizzare atti ch'egli stesso non può compiere.[3]

Ove si tratti dell'assenza del marito, non deve distinguersi, se la sua assenza sia semplicemente presunta o dichiarata: l'eccezione però non è applicabile al caso che il marito sia lontano, se non quando la sua lontananza ponga la moglie nella impossibilità di ottenerla.[4] Da ultimo in riguardo al marito con-

---

[1] Scotti, Op. cap. e art. cit., § 1.

[2] Consulta la sentenza della Corte di cassaz. di Napoli, 20 giugno 1868, B. XX, 1, 645.

[3] Demolombe, IV, 226; Aubry e Rau, IV, 230 testo e nota 40; *contro* Duranton, II, 506.

[4] Nel diritto francese è comune questa decisione: ma non saprei considerarla giuridica in presenza dell'articolo 863 del Codice di procedura di Francia (Consulta Aubry e Rau, IV, § 472, pag. 129 testo e nota 34; Marcadé, art. 222;

dannato a più di un anno di carcere; la sua autorizzazione non è necessaria neppure nel caso che sia stato condannato in contumacia: in questo caso la moglie non ha bisogno di esserne autorizzata neppure durante la contumacia. Ma l'autorizzazione del marito incomincia ad essere necessaria, quando egli ne' relativi casi raggiunge l'età maggiore, e liberato dall' interdizione o dalla inabilitazione cessa di essere assente, o ha espiato la pena, o n'è prescritta l'azione.

Non è necessaria in secondo luogo, quando la moglie sia legalmente separata per colpa del marito (art. 135, 2°). Due condizioni debbono verificarsi perchè in questo caso non si richiegga l'autorizzazione; la separazione legale e la colpa del marito; adunque se la moglie siasi di fatto separata dal marito, sebbene per causa giusta e patentemente esistente, avrà bisogno dell'autorizzazione del marito, e se la separazione abbia avuto luogo per colpa sua o d'entrambi o per mutuo consenso, avrà bisogno, come or ora si diceva, dell'autorizzazione del tribunale civile (art. 136);

In fine non è necessario, quando la moglie eserciti la mercatura (art. 135, 3°), salva la disposizione dell' articolo 7 del Codice di commercio.

Ma l'autorizzazione o del marito o del tribunale non cessa di essere necessaria per rinunzia che quegli vi abbia fatto, o per dispensa accordatane alla moglie, sia nel contratto di

---

Laurent, III, 127). Non ostando ad essa nel diritto patrio veruna disposizione, può trarsi argomento a suo favore dal complesso della disposizione dell'articolo 135, che in generale e sino ad una certa misura è giustificata dalla impossibilità in cui si trova la donna maritata di ottenerla dal marito (Consulta in questo senso, Torino, 3 marzo 1868, A. II, II, 292). Noto però specificamente, che secondo il mio avviso non basta la semplice lontananza, specialmente ora che le distanze sono scomparse; ma si richiede l'impossibilità della moglie di ottenerla sia per ragioni di fatto, come se il marito si trovasse in luogo cinto d'assedio o da blocco; sia per ragion di tempo, come se il marito fosse in lontanissimi paesi esteri, e urgesse a sua moglie di procedere senza dilazione all' alienazione de' suoi beni immobili, alla contrattazione di un mutuo o ad altri simili atti.

matrimonio, sia in un atto posteriore, essendo essa autorizzazione d'ordine pubblico (art. 12, Disp. prelim.).[1]

210. L'autorizzazione concessa alla donna maritata dal marito o dal tribunale civile può essere più o meno estesa, a norma de' termini con cui si è conceduta. I termini, se sia necessario, devono essere interpretati secondo le regole comuni.[2] In ogni caso si estende virtualmente agli antecedenti e alle conseguenze necessarie dell' atto per cui è stata conceduta;[3] così la donna autorizzata a promuovere un giudizio, può prender parte allo sperimento di conciliazione,[4] eseguire la sentenza pronunziata a suo favore;[5] e autorizzata a stare in giudizio, si reputa autorizzata a proseguire il giudizio medesimo nei procedimenti di opposizione, di appellazione, di rivocazione e di cassazione (art. 805, Cod. proc. civ.).[6]

Ma non può mai estendersi a materia, sulla quale l' autorizzazione non cadde; così, per esempio, autorizzata la moglie dal marito a vendere una parte d' immobile, non può ritenersi autorizzata a vendere anche le altre parti, o una parte diversa.

211. La legge accorda al marito la facoltà di rivocare l'autorizzazione che ha dato alla moglie, sia in genere, sia in ispecie (art. 134, capov.). Gli appartiene tale facoltà anche dopo che abbia avuto luogo la loro separazione personale per colpa della moglie; imperocchè i diritti di lui rimangono integri.[7]

---

[1] Processi verb. 11, IX; Demolombe, IV, 324.

[2] Consulta la sentenza della Corte di cassazione di Napoli, 3 dicem. 1867, B. XIX, 1, 765.

[3] Merlin, Rép. v° Bureau de Conciliation, n. 4; Demolombe, IV, 291; Aubry e Rau, IV, § 472, pag. 138; Laurent, III, 144.

[4] Dot. cit., loc. cit.

[5] Merlin, Rép. v° Autorisation maritale, sect. VIII, n. 4; Aubry e Rau, loc. cit.

[6] Brescia, 20 agosto 1868, A. II, II, 657; C. C. Torino, 21 mag. 1869, A. III, I, 84.

[7] Non accenno al caso che la separazione abbia avuto luogo per colpa del marito; perchè in questo caso la moglie non ha bisogno più della sua autorizzazione. Non accenno neppure al caso che la separazione abbia avuto luogo

Egli però deve rivocare la sua autorizzazione in buona fede e non fuori di tempo (arg. art. 1733 e 1734).[1]

Il marito può rivocare eziandio l'autorizzazione concessa a sua moglie dal tribunale, nel caso che venga a cessare l'opposizione d'interesse o la loro separazione personale; ma non ha tale facoltà quando egli stesso la rifiutò; in tal caso non gli resta che il rimedio di promuovere l'appello contro la sentenza di autorizzazione.[2]

In verun caso però la rivocazione può avere effetto retroattivo a pregiudizio de' terzi; che anzi riguardo a questi non ha neppure effetto per l'avvenire, che in quanto è fatta loro conoscere in modo non equivoco.[3]

212. In quanto agli effetti, l'autorizzazione maritale o giudiziale equipara la donna maritata alla nubile, rendendola come questa, capace a fare gli atti sopraddetti e a stare in giudizio. Tale capacità è da essa ricuperata in modo assoluto: sicchè non potrebbe in seguito impugnare l'atto compiuto pel pretesto che l'autorizzazione le fu accordata contro i suoi interessi. L'atto medesimo però, se stragiudiziale, rimane soggetto a tutte le nullità di rescissione che sono di diritto comune; e contro la sentenza pronunziata sul giudizio che la donna maritata è stata autorizzata a fare, possono farsi valere tutti i rimedi ordinari e straordinari.[4]

Ove l'autorizzazione sia speciale, la donna maritata non diviene capace che per il solo atto che è stata autorizzata a fare. Quindi, esempligrazia, autorizzata a fare una vendita, non può considerarsi capace a fare una donazione sotto forma

---

per colpa d'entrambi o per mutuo consenso; perchè allora è necessaria alla moglie l'autorizzazione del tribunale; e perciò quella del marito ha perduto ogni valore, è divenuta inutile.

[1] Demolombe, IV, 323; Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Aubry e Rau, loc. cit.; Consulta pure Demolombe, IV, 325.

[3] Demolombe, IV, 326; Aubry e Rau, IV, 140.

[4] Merlin, Rép. v° Autorisation maritale, Sect. VIII bis 1; Toullier, II, 655; Demolombe, IV, 275; Aubry e Rau, loc. cit. testo e nota 77; Laurent, III, 142.

di vendita; e autorizzata a stare in giudizio, non può ritenersi capace a transigere. [1]

Ma l'autorizzazione che il marito dà alla moglie non lo obbliga verso il terzo, con cui essa ha contrattato; perocchè egli consente sì che sua moglie si obblighi, ma non acconsente punto di obbligarsi lui medesimo. Del pari non lo obbliga l'autorizzazione data a sua moglie dal tribunale in qualunque de' sopraddetti casi. Queste decisioni sono applicabili al caso che la donna maritata sia stata autorizzata a stare in giudizio; il giudizio è pel marito *res inter alios acta.* [2] È però sempre salva la disposizione dell' articolo 8 del Codice di commercio. Il marito inoltre sarà tenuto a rispettare le rinunzie a' suoi diritti, che possono risultare dalla sua autorizzazione; così, esempligrazia, se autorizza la moglie a vendere la piena proprietà del fondo su cui gli spetta l' usufrutto, è tenuto a rispettare la traslazione di questo; perciocchè si ritiene che abbia rinunziato al suo diritto di godimento. [3]

213. Gli atti compiuti da una donna maritata senza autorizzazione maritale o giudiziale sono infetti da nullità relativa, la quale non può essere opposta che dal marito durante il matrimonio, dalla moglie e da' suoi eredi o aventi causa. [4] Quanto al marito, egli può senza dubbio promuovere la dimanda di nullità dell' atto, finchè dura il matrimonio; ma sciolto che questo

---

[1] Consulta Laurent, III, 143-150.

[2] Consulta, tenendo però conto delle differenze di legislazione, Duranton, XIV, 299 e 301; Demolombe, IV, 307 e 319; Aubry e Rau, IV, 141 testo e nota 85; Laurent, III, 151 e seg.

[3] Consulta Delvincourt, II, 187; Aubry e Rau, IV, 140; Proudhon, De l'usufruit, IV, 1769, 1780; Valette su Proudhon, I, 472, not. *a*; Demolombe, IV, 311.

[4] Il nostro legislatore ha conceduto l'azione di nullità agli eredi aventi causa della moglie e non del marito, contrariamente a quanto dispone l'articolo corrispondente del Codice Napoleonico, che dice *par la femme, par le mari, ou par* leurs *héritiers* (art. 225); e quello del Codice delle Due Sicilie, *dal marito, dalla moglie, e da'* loro *eredi* (art. 215); ma il conferire agli eredi del marito l'azione di nullità non è punto giustificato; cosicchè si è giunti a ritenere che per errore fu detto *loro* anzichè *suoi* eredi.

sia, non può fare tale dimanda che nella qualità di erede della moglie o di un suo avente causa; perocchè nel primo caso l'azione è basata, a suo riguardo, sopra un interesse morale; mentre nel secondo non può avere per fondamento che un interesse pecuniario. Riguardo agli eredi della donna maritata, non deve distinguersi, se questi siano legittimi o testamentari. In fine gli aventi causa dalla donna maritata sono tutti quelli che hanno un vero e legittimo interesse alla dimanda di nullità; tali sono in ispecie i creditori di lei; senza distinguere, se l'affare da lei fatto senza la necessaria autorizzazione sia stato utile o dannoso.

Al contrario la dimanda di nullità non può esser promossa dai terzi: senza distinguere se abbiano o no contrattato colla donna maritata. Quindi, esempligrazia, il compratore di un immobile vendutogli da lei non può dimandare la nullità della vendita (art. 1107). Ma nel primo caso i terzi possono ricusarsi all'esecuzione del contratto, finchè la donna maritata non abbia ottenuto l'autorizzazione o dal marito o dal tribunale, essendo da una parte sleale e non onesta la domanda dell'esecuzione del contratto che poco appresso può farsi impunemente annullare, e dall'altra ingiusto l'esporre que' terzi, per quanto imprudenti, al pericolo di soffrire grave danno per dissipamento che la donna faccia de' capitali ricevutine (arg. art. 1516). [1]

Parimente la nullità non può essere dimandata dal fideiussore della donna (art. 1899, capov. e art. 1929).

In fine la nullità dell'atto compiuto dalla donna senza la debita autorizzazione non può essere rilevata nè pronunziata di ufficio; perciocchè quantunque l'autorizzazione maritale sia d'ordine pubblico, in quanto fa parte dell'organamento della famiglia, pure, gli atti che si fanno da una donna maritata, quantunque non autorizzata, riguardano senza dubbio interessi privati; perciò la loro validità non può turbare in veruna guisa l'ordine pubblico. [2]

---

[1] Demolombe, IV, 345.

[2] Consulta Aubry e Rau, loc. cit.; Demolombe, IV, 335.

Sono del pari relativamente nulle le sentenze pronunziate contro una donna non autorizzata, e le citazioni ed altri atti giudiziali fatti da lei contro i terzi, o da questi contro di lei separatamente e non congiuntamente col marito; perciò la loro nullità non può essere promossa che dalle medesime persone.[1]

Per evitare tale nullità, l'avversario della donna maritata può chiedere che si soprassieda dal giudizio, sino a che essa non sia debitamente autorizzata dal marito o dal tribunale civile;[2] altrimenti sia dichiarata inammissibile la sua domanda, il suo appello, il suo ricorso.[3] Ma senza dubbio il difetto di autorizzazione della medesima non importa nullità del procedimento.[4]

La nullità degli atti stragiudiziali fatti dalla donna non debitamente autorizzata può esser proposta in qualunque stato di causa, tanto in primo grado, quanto in appello; ed anco per la prima volta in cassazione.[5] Del pari la sentenza che fosse pronunziata contro la donna non autorizzata può essere impugnata col ricorso in cassazione, contenendo violazione dell'articolo 134 (art. 517, 3° Cod. proc. civ.); quand'anche il difetto di autorizzazione non sia stato opposto nè in primo grado, nè in appello.[6]

Nel giudizio di nullità appartiene al reo convenuto di provare che vi fu autorizzazione, e non all'attore che questa mancò, perciocchè l'incapacità della donna maritata essendo di regola, chi vi eccepisce contro diviene attore. Inoltre la mancanza di autorizzazione è un fatto negativo.[7]

214. La nullità degli atti fatti dalla donna maritata senza la necessaria autorizzazione può rimaner sanata dalla ratifica

---

[1] Merlin, Rép. v° Autorisation marit., Sect. III, § 4; Aubry e Rau, IV, § 472, pag. 143; Demolombe, IV, 351 e seg.

[2] Aubry e Rau, loc. cit.; Milano, 15 sett. 1868, A. III, II, 621.

[3] Aubry e Rau, IV, § cit., pag. 144, 145.

[4] Milano, 15 sett. 1868, cit.

[5] C. C. Torino, 21 mag. 1869, A. III, I, 84.

[6] Demolombe, IV, 354; Aubry e Rau, IV, § cit., pag. 143 testo e nota 96.

[7] Aubry e Rau, IV, § cit., pag. 142; Demolombe, IV, 336.

data dal marito e dalla moglie insieme, e dalla moglie autorizzata dal marito o dal tribunale durante l'incapacità di lei; o da essa sola, cessata questa. Ma sarebbe inefficace riguardo alla moglie la ratifica data dal solo marito; perciocchè questi non può privarla dell'azione di nullità che le compete contro gli atti illegalmente fatti, non essendole l'autorizzazione necessaria nel solo interesse del marito, ma di lei medesima e della famiglia.[1] Al contrario è efficace di fronte al marito la ratifica prestata dalla moglie coll' autorizzazione del tribunale.[2]

---

[1] Merlin, Rép. v° Autoris. marit., Sect. VI, § 3, not. 2; Toullier, I, 648; Duranton, II, 517; Chardon, De la puissance maritale, n. 143; Benoit, Traité de la dote, I, 244; Mourlon, I, 792 e 817; Valette su Proudhon, I, 467; Demolombe, IV, 211; *contro in modi diversi* Delvincourt, I, pag. 75; Proudhon, I, 466; Vazeille, II, 481; Taulier, I, 350; Aubry e Rau, IV, § cit., pag. 145 e 146; Massé e Vergé, I, 289; Marcadé, art. 225, 1; Laurent, III, 166. Gli argomenti più validi che si adducono contro la decisione da me adottata sono: 1° Che l'atto fatto dalla moglie è valido, quando col consenso di lei concorre quello del marito: ora, quando questi consente dopo che l'atto è compiuto, v'ha tale concorso di volontà; perciocchè deve riputarsi che la moglie vi perseveri, finchè non l'abbia revocata o abbia agito per la nullità. 2° Che come il consenso prestato dai parenti al matrimonio, dopo contratto priva anche il coniuge del diritto di domandarne la nullità, così deve essere il consenso del marito riguardo agli atti fatti dalla moglie. Ma contro il primo argomento si osserva, che il silenzio e l'inazione della moglie non rivelano la perseveranza della sua volontà per tutto il tempo per cui la legge le dà facoltà di agire: quel silenzio e quell'inazione non significano nulla, nè internamente, nè esternamente: la moglie che più tardi agisse, potrebbe asserire senza replica, ch'ella, nell'atto stesso di contrattare, aveva l'intenzione di domandare più tardi la nullità dell'atto; con tale assertiva ella perderà nella pubblica opinione, ma non già nel suo diritto: il silenzio e l'inazione possono avere un gran valore, quando vi sia grande interesse di romperlo o di escirne. Contro il secondo argomento poi si osserva, che mentre la validità del matrimonio è di un interesse supremo per le famiglie e per la società, ond'è sommamente da favorire; al contrario la validità degli atti fatti dalla moglie è d'interesse puramente privato, ordinario, che non è sufficiente a giustificare la deviazione de' principii. La giurisprudenza francese e belga è conforme alla decisione che mi è sembrata preferibile.

[2] *Contro* Mourlon, I, 817. Questo dottore tace la ragione della sua decisione, ma apparisce chiaramente, che egli la deduce dal medesimo principio, che niuno può essere privato, contro la sua volontà e senza fatto suo, del diritto

La ratifica sana con effetto retroattivo la nullità in modo assoluto e di fronte a tutti, compresi i creditori; purchè non sia diretta a frodarli nelle loro ragioni.

Non è poi esercibile l'azione di nullità, in quanto agli atti stragiudiziali, dopo la decorrenza di cinque anni, computabili dal giorno dello scioglimento del matrimonio (art. 1300). Nulla rileva che nel caso sarebbe stata necessaria l'autorizzazione giudiziale, anzichè la maritale.[1] La medesima azione non è esercibile in riguardo alle sentenze, dopo spirati i termini concessi per appellare o ricorrere in cassazione, a norma del diritto comune.

Infine la mancanza di autorizzazione non può essere opposta dalla moglie, la quale avesse usato artifizi fraudolenti per nascondere la sua condizione (arg. art. 1305 e 1306),[2] o la cui vita l'avesse fatta credere comunemente per donna libera;[3]

---

che ha. Ma questo principio è esso qui applicabile? L'autorizzazione del tribunale non tiene luogo della maritale? Quando la moglie vuol fare un atto e il marito si ricusi di autorizzarla, essa può ottenere l'autorizzazione del tribunale, la quale la rende capace verso tutti, compreso il marito. Or bene, quando la moglie volesse ratificare un atto, e il marito si rifiuti di darle l'autorizzazione, e siale invece concessa dal tribunale, non acquista essa capacità verso tutti, e perciò anche verso il marito? Ma se è divenuta capace anche verso questo, come si potrà concedergli il diritto di domandare la nullità dell'atto, stantechè la ratifica ha, per regola, effetto retroattivo? In una parola, l'autorizzazione del tribunale tiene luogo di quella del marito e produce gli stessi effetti. Adunque come non potrebbe dimandare la nullità il marito, se avesse autorizzato la ratifica egli medesimo, così non deve poterla dimandare quando l'autorizzazione venga dal tribunale. Questa decisione poi ha l'incontestabile vantaggio di liberare la donna dal sospetto, che, con accordi dolosi presi con suo marito, ha voluto frodare chi, per quanto imprudentemente, contrattò con lei.

[1] C. C. Napoli, 12 mar. 1868, A. II, I, 87.

[2] Toullier, II, 623 e 624; Duranton, II, 462, 494 e 495; Duvergier su Toullier, II, 162, 465; Demolombe, IV, 328 e 332; Aubry e Rau, IV, § 472, pag. 148; Laurent, III, 161.

[3] *Contro* Mourlon, I, 817, il quale esige il concorso di artifizi fraudolenti; ma di grazia non costituisce una vera frode il tacere la propria condizione, quando non è conosciuta? Al più potrà essere questione, se la donna fosse in

e neanco dal marito, se avesse partecipato alla frode. Parimente non può essere opposta nè dal marito, nè dalla moglie, se abbiano tenuto segreto il matrimonio. [1] Perocchè in tutti questi casi essi sono rei di dolo, che li obbliga a riparare il danno arrecato; la riparazione più completa, più naturale, è senza dubbio di mantener valido l'atto. Ma la semplice dichiarazione della donna, di essere nubile o vedova, non basta; altrimenti la legge diverrebbe facilmente illusoria (arg. art. 1305, capov.). [2]

215. Annullato l'atto compiuto dalla donna maritata senza la debita autorizzazione, essa è tenuta a restituire a quello, con cui contrattò o stette in giudizio, quanto conseguì in forza del medesimo; ove quest'ultimo provi che ciò fu rivolto in vantaggio della medesima. Se una porzione soltanto di ciò che le venne pagato, fu rivolta a suo vantaggio, non è tenuta a restituire che tale porzione (art. 1307). [3]

216. Resta a notarsi, come le donne straniere e i loro mariti non possano valersi delle disposizioni della legge italiana sull'autorizzazione, maritale per dimandare la nullità degli atti, e dei giudizi da loro fatti in Italia, e riguardanti beni qui situati, quand'anche vi dimorassero da lunghissimo tempo; perocchè trattasi di materia concernente il loro stato, la loro capacità e i loro rapporti di famiglia, e soggiacente alle leggi personali (art. 6, Disp. prelim.). [4]

---

buona fede, cioè ignorasse l'errore comune sulla sua condizione; buona fede straordinariamente rara! Consulta la sentenza della Corte di Torino, 8 maggio 1868, B. XX, 2, 280; ma nota la sua inapplicabilità al caso da me supposto e risoluto.

[1] Toullier, Duranton, Demolombe, Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Toullier, II, 622; Duranton, II, 461 e 495; Vazeille, II, 312; Demolombe, IV, 327; Aubry e Rau, loc. cit.; Laurent, III, 160; Torino, 8 maggio 1868, B. XX, 2, 380; *contro* Marcadé, articolo 225, III.

[3] Laurent, III, 161.

[4] Consulta Torino, 3 marzo 1868, A. III, I, 292.

SEZIONE II.

DEI DIRITTI E DOVERI DEI CONIUGI RIGUARDO ALLA PROLE

SOMMARIO

217. Degli effetti del matrimonio nei rapporti fra i genitori e la prole. Delle obbligazioni che incombono ai genitori verso la prole: mantenerla, educarla, istruirla. Le obbligazioni di educare e istruire la prole sono semplicemente morali o anche giuridiche? I genitori hanno l'obbligo di fare assegnamenti ai figli; e in ispecie sono obbligati a dotare le figlie?
218. In qual ragione le anzidette obbligazioni incombono rispettivamente alla prole e alla madre della prole? Esse possono essere a carico degli ascendenti della prole medesima?
219. Tali obbligazioni, in quanto sono pecuniarie, possono non essere a carico dei genitori e ascendenti della prole?
220. Se, quando e quali di tali obbligazioni possono cessare.

217. Passiamo ora a parlare degli effetti del matrimonio nei rapporti fra i genitori e la loro prole; ossia dei diritti che loro conferisce e degli obblighi che loro impone.

Le obbligazioni che il matrimonio impone ai coniugi verso la prole sono tre; cioè di mantenerla, educarla ed istruirla.[1] L'obbligazione di mantenere la prole consiste nella prestazione degli alimenti, ossia del vitto, del vestito e dell'abitazione, e nella cura delle malattie. La soddisfazione di quest'obbligazione può essere conseguita con tutti i mezzi giudiziali comuni alle obbligazioni di ogni specie. Le obbligazioni di educare ed istruire la prole consistono nel formarne il cuore e svilupparne le forze corporali ed intellettuali, e porre il fondamento della futura sua felicità e agiatezza nella onestà e nell'amore al lavoro, nella religione e nelle utili cognizioni.

---

[1] In verità queste tre obbligazioni derivano dalla paternità e maternità e non dal matrimonio: questo determina a quali persone esse incombono, indicando da quali persone siasi compiuto l'atto della generazione. Perciò nell'ordine puramente teorico non si ravvisa differenza fra le obbligazioni de' genitori congiunti in matrimonio, e quelle de' genitori che hanno procreato la prole fuori di matrimonio. Ma nel diritto positivo, anche allora che la paternità e maternità sono constate legalmente, il Legislatore stabilisce or gravi, or lievi differenze in omaggio alla legittimità della famiglia.

L'adempimento di queste obbligazioni non ha, in generale altra, garanzia che l'affetto dei genitori, l'opinione e i costumi pubblici. Tuttavia l'inadempimento delle medesime, costituendo un abuso della patria potestà, può dar luogo all'applicazione dell'articolo 233.

Del resto in ordine a tali obbligazioni non deve distinguersi, se i figli siano maschi o femmine, se legittimi o legittimati, se siano ancora sotto la patria potestà o siano emancipati; se siano o no coniugati.[1]

Ma oltre che al mantenimento, all'educazione e all'istruzione, i genitori non possono essere obbligati dai figli a far loro assegnamenti per causa di matrimonio o per qualunque altro titolo, come per la mercatura, pel sacerdozio, o la monacazione; imperocchè è contrario alla riverenza e pietà filiale, che un figlio traduca in giudizio i suoi genitori e li costringa a svelare il segreto de' suoi affari, per conoscere se possono o no fargli un assegnamento (art. 147). Sotto il nome di figli si comprendono tanto i maschi, quanto le femmine; le quali perciò non hanno azione per dimandare ai loro genitori la costituzione di dote; ciò esigendo la legge dell'eguaglianza, dal momento che sono ammesse alla successione con egual diritto dei maschi.[2]

218. Le anzidette obbligazioni gravano e sul padre e sulla madre insieme, cioè sopra ambidue ad un tempo. E sono a loro carico in proporzione delle loro sostanze; perciò, ove la madre sia il doppio ricca del padre, dovrà contribuire a tal carico per due terzi; e ove il padre o la madre non abbia mezzi, tali obbligazioni graveranno per intero sopra quel de'due che li possiede.[3] Contribuendo però già la madre ai sostegni dei

---

[1] Per diritto romano il mantenimento poteva esser dovuto anche al ventre pregnante (Vedi Leg. 1, D. de ventre in poss. mit.). Ma dalla legge nostra è più largamente assicurata la sussistenza della vedova (art. 753, 812 e seg.).

[2] Vedi il Proc. verb. 10, IV.

[3] Ciò per altro non costituisce, al certo, la solidarietà dell'obbligazione medesima. Se questa fosse veramente solidale, il figlio potrebbe costringere al pagamento delle spese del suo mantenimento, educazione e istruzione quel de'due

pesi matrimoniali, fra cui sono comprese queste obbligazioni, coi frutti della dote; così ragion vuole che nel suo contributo siano computati cotesti frutti (art. 138, capov. 1°).[1]

Quando i coniugi, rispettivamente genitori, manchino affatto di mezzi o non li abbiano sufficienti, tali obbligazioni spettano, o per intero o nella parte deficiente, agli altri ascendenti dell'uno e dell'altro sesso, dell'una e dell'altra linea in ordine di prossimità; quindi dapprima agli avi e alle avole; dopo di loro ai bisavoli e alle bisavole e così di seguito; dimodochè la sola avola materna esonererebbe i bisavoli e bisavole, quantunque paterni (arg. art. 739).

Tutti gli ascendenti che per ragione di prossimità si trovano gravati di tali obbligazioni, debbono concorrervi in proporzione delle proprie sostanze (arg. art. 138 e 739).[2]

219. Quando i figli non abbiano beni propri, tali obbligazioni debbono essere soddisfatte dai genitori, o in loro vece dagli ascendenti con le proprie sostanze. Ma se i figli abbiano beni propri, e su questi competa l'usufrutto all'uno o all'altro dei genitori (art. 228 e 231), le spese di mantenimento, educazione ed istruzione sono un peso di tale usufrutto (art. 230, 1°). Se poi i figli medesimi godono la piena proprietà de'loro beni, allora le spese gravano la rendita di questi; perciocchè l'obbligo

---

genitori, che meglio più gli aggradisse, senza aver riguardo alle loro sostanze. È un'obbligazione multipla congiunta, che grava sui genitori in proporzione delle loro sostanze.

[1] Si supponga, per esempio, che pel mantenimento, educazione ed istruzione di un figlio occorrano 1,200 lire all'anno; che le sostanze del padre sieno 50,000, e quelle proprie della madre 30,000, di cui 10,000 di dote, e 20,000 di beni parafernali; questa dovrà concorrere non già nella proporzione di 30 a 50, sibbene di 20 a 60; cioè nella proporzione in cui sta il suo patrimonio parafernale col patrimonio del marito accresciuto della dote; o, che torna lo stesso, dovrà concorrere come 30 sta a 50; ma nei 30 deve esser compreso il terzo della dote.

[2] Si supponga, per esempio, che l'avo paterno abbia 2, e 2 sua moglie, che l'avo materno abbia 1 e l'ava materna 5; questa dovrà concorrere a sostenere il carico, di cui si discorre, per la metà, o per cinque decimi, suo marito per un decimo, e gli altri per due decimi ciascuno.

di mantenere sotto ogni riguardo, e quello di educare ed istruire, nel senso di debito pecuniario e non di dovere morale, non è assoluto ma relativo; in questo senso, che esso grava sopra le anzidette persone, in quanto il figlio manchi di mezzi sufficienti per mantenersi, educarsi ed istruirsi. Se in fine il figlio abbia beni, sopra una parte dei quali appartenga ai suoi genitori l'usufrutto, il genitore usufruttuario deve dapprima esaurire i prodotti dell'usufrutto, e nella insufficienza di questi valersi della rendita de' beni del figlio, e in fine della rendita de' suoi beni propri.[1]

220. L'obbligazione di mantenere la prole, mancante di mezzi propri, non cessa che con la morte dell'obbligato. Quella di educare e istruire, al contrario, cessa regolarmente con la maggiore età del figlio, essendo a quest'età riconosciuto dalla legge come persona idonea, per lo sviluppo delle sue forze fisiche ed intellettuali, a vivere indipendente. Tuttavia se i genitori o altri ascendenti avessero accondisceso che il figlio o discendente s'iniziasse in tale arte o professione, il cui possesso non può ordinariamente raggiungersi a ventun anno, essi possono essere dichiarati non liberi dall'obbligo dell'educazione e dell'istruzione; in quanto almeno l'autorità giudiziaria può condannarli alla sovvenzione di maggiori mezzi di mantenimento a favore del medesimo; essendochè chi volle il fine deve volere i mezzi, e sarebbe inumano e quasi frodolento il troncare a mezzo l'educazione e l'istruzione del figlio o discendente, e il lasciarlo senza risorsa personale.[2]

---

[1] Demolombe, IV, 43; Laurent, III, 44.

[2] In questa ipotesi non può dal figlio invocarsi il benefizio dell'articolo 233; perchè la patria potestà è cessata. A rigore adunque, alla decisione che adotto e che ha qualche precedente, manca base legale. Parmi però che limitatone l'effetto al maggiore assegno degli alimenti, essa possa raccomandarsi alla disposizione dell'articolo 143.

SEZIONE III.

DEL DIRITTO AGLI ALIMENTI FRA I PARENTI ED AFFINI [1]

SOMMARIO

221. Gli alimenti consistono nel vitto, nel vestito, nell'abitazione, nelle altre cose necessarie alla vita e specialmente alla cura della salute; per quanto lunga e dispendiosa possa essere

---

[1] La rubrica nel Codice nomina i soli parenti; ma sebbene sotto la voce generica di parenti vengono nel senso legale anche gli affini (Proc. verb. 10, I), pure ho creduto di nominarli espressamente.

l'infermità di cui sia colpita la persona avente diritto agli alimenti (art. 846).[1] Ma non vi è compreso lo spillatico, nè le spese di divertimento, e meno quelle di semplice sciupio,[2] nè il pagamento de'debiti, a meno che siansi contratti per causa di alimenti; perciocchè l'obbligo legale di prestarli incomincia ad esistere nell'istante stesso che nasce il bisogno, senza che debba farsene dimanda o pronunziarsene sentenza.[3]

L'obbligo degli alimenti, considerato nelle cause che lo producono, è triplice; convenzionale, testamentario e legale; secondo che cioè riconosca per causa la convenzione, il testamento o la legge.

L'obbligo convenzionale può essere a titolo oneroso o gratuito. Nel primo caso deve considerarsi attentamente che la convenzione sia in realtà causa dell'obbligo, e non che invece regoli la quantità o il modo di prestazione degli alimenti dovuti per legge; perciocchè questi nella seconda ipotesi rimarranno sempre di obbligo legale.

L'obbligo degli alimenti nascente dal testamento, o più precisamente il legato di alimenti, è regolato dalle disposizioni riguardanti gli atti di ultima volontà e specialmente dall'articolo 846.

Infine l'obbligo legale, quantunque riconosca per unica causa immediata la legge, pure, ha quattro cause mediate; cioè l'unione coniugale, il vincolo di parentela naturale o civile e di affinità, la gratitudine e l'infortunio. Dalla prima deriva l'obbligo degli alimenti fra i coniugi, come si è dimostrato nella Sezione prima di questo Capo; dalla seconda l'obbligo degli alimenti tra i figli o discendenti e genitori o ascendenti, fra adottante e adottato, tra fratelli e sorelle, fra genero e nuora e suoceri; dalla terza l'obbligo alimentario del donatario verso

---

[1] C. C. Firenze, 11 giugno 1866, A. I, I, 45.

[2] Leg. 6 e 23, D. de alim. leg.; Leg. 43, 44 e 234, § fin. de verb. sig.; Leg. 45, D. de usufr.

[3] Vedi appresso, n. 235.

il donante; dalla quarta quella de' creditori verso il fallito e sua famiglia.[1]

Gli alimenti dovuti per convenzione e per testamento sono compresi sotto la pratica denominazione di alimenti *jure actionis*, e i legali dovuti per la prima e seconda causa sotto quella di *jure sanguinis*, e questi e gli altri sotto la denominazione di alimenti *ex pietate, ex officio judicis*.

222. Non poche, nè lievi sono le differenze fra l' obbligo legale e l' obbligo convenzionale degli alimenti. In primo luogo la portata o l' importanza dell' obbligo convenzionale dipende dalla volontà de' contraenti o del testatore, e quella del legale dai bisogni del creditore e dalle sostanze del debitore. In secondo luogo l' obbligo convenzionale è fisso e continuo, cioè non varia e non cessa; nè estinto può rinascere col mutarsi le condizioni di chi somministra gli alimenti, o di chi li riceve: al contrario l'obbligo legale è variabile ed anche intermittente, cioè può crescere e diminuire, cessare e rinascere. In terzo luogo gli alimenti dovuti per legge non si debbono per regola prestare che sulle rendite di chi li deve, gli altri anche sul capitale. In quarto luogo gli alimenti legali arretrati regolarmente non si debbono, inquantochè se la persona è vissuta senza la somministrazione degli alimenti, non dovette essere in vero bisogno, e perciò le mancò il diritto di averli. In quinto luogo gli alimenti dovuti per legge non possono opporsi in compensazione, sibbene gli altri (art. e arg. art. 1289, 3). In sesto luogo il diritto agli alimenti, concesso dalla legge, non può cedersi; perchè è inerente ad una qualità intrasmissibile, ed è diretto a soddisfare i bisogni esclusivi di una data persona; ma può ben cedersi la loro comodità, o più chiaramente l' esercizio di tale diritto, come se io cui si debbano gli alimenti, cedessi ad un

[1] Potrebbe aggiungersi l'obbligo del creditore, che ha fatto arrestare il debitore, di somministrare a questo gli alimenti (art. 762, Cod. proc. civ.); ma tale obbligo non ha nulla di comune cogli altri, ed è piuttosto un'anticipazione che lo Stato esige, perchè non viva a carico suo un cittadino che per causa e volontà di un privato è negli arresti; aggiungasi che le somministrazioni si cumulano nel debito.

albergatore che mi dà il vitto e l'abitazione, la mia azione in garanzia e in pagamento delle sue prestazioni, o concedessi l'ammontare degli alimenti per un capitale pagatomi in una sola volta. Il diritto però rimarrebbe qual era di natura sua, cioè variabile, intermittente ed estinguibile per le cause personali al creditore e come se l'esercizio appartenesse ancora a lui;[1] e per la stessa ragione sono insequestrabili; mentre gli alimenti dovuti per convenzione o per testamento possono cedersi o sequestrarsi, a meno di contraria dichiarazione del concedente (art. e arg. art. 1289, 3). In settimo luogo chi deve gli alimenti per legge gode del *beneficium competentiae*; cioè non può essere condannato a prestarli, se non dedotto ciò che è necessario al suo mantenimento, perciocchè assurdo egualmente che inumano sarebbe che alcuno dovesse provvedere al sostentamento altrui, ed egli medesimo patire la fame; al contrario chi li deve per convenzione o per testamento non gode di egual benefizio. In fine chi deve gli alimenti per legge non può essere costretto a garantirne la soddisfazione con ipoteche, fideiussioni e altre cautele, ammenochè non venga provato che egli tende con vendite simulate a sottrarre le sue sostanze all'azione del creditore;[2] al contrario chi li deve per convenzione o per testamento può essere costretto a garantirla ne' termini del diritto comune.

223. Ma tanto sugli alimenti dovuti per legge, quanto su quelli dovuti per convenzione o per testamento può transigersi, mancandone espressa proibizione e non essendo d'altra parte gli alimenti cosa inalienabile, e quindi intransigibile.[3]

---

[1] Troplong, Des transactions, art. 2045, 96; e De la rente, art. 1597, 227; Demolombe, IV, 78.

[2] Demolombe, VI, 68; Aubry e Rau, IV, § 553, pag. 629; Massé e Vergé su Zachariæ, I, 626.

[3] L'articolo 8 del Codice di procedura vieta di compromettere le quistioni di stato, di separazione, e le altre che non possono essere transatte. Le quistioni di alimenti non sono quistioni di stato, ma d'interessi pecuniari dipendenti dallo stato; ora è noto che tali interessi possono formare oggetto di validissime convenzioni. Gli alimenti non figurano neppure fra le materie, sulle

224. Premesse queste generali osservazioni, passiamo a vedere fra quali parenti ed affini esista l'obbligo reciproco degli alimenti.

Come i genitori e gli altri ascendenti hanno l'obbligo di somministrare gli alimenti ai figli e ai discendenti; così questi debbono prestarli ai loro genitori e agli altri ascendenti di qualunque sesso, linea e grado che ne abbiano bisogno (art. 139).

Tale obbligo incombe ai figli, tanto maschi quanto femmine, sieno liberi o congiunti in matrimonio, senza verun ordine di

---

quali non possa transigersi (art. 1764-1777), o che non possono formare oggetto di convenzione (art. 1116-1118). Havvi è vero l'articolo 592 del Codice di procedura che dichiara, non potersi pignorare gli assegni per alimenti: ma altro è il pignoramento, altro la transazione: quello tende a privare il creditore del mezzo di sussistenza, questa invece ad assicurarglielo, sebbene in quantità minore di quella pretesa da lui; per forma che mi sembra utile pel creditore di ammettere la transazione sugli alimenti. In vero, si supponga che nasca controversia intorno alla esistenza delle condizioni, a cui è subordinato il godimento del diritto agli alimenti *jure sanguinis*, o sulla validità del titolo costitutivo di tal diritto, *jure actionis*, o sulla quantità da prestarsi, perchè mai non potrà essere terminata tale controversia con una transazione; dando il preteso debitore meno di quello che il creditore richiede, e contentandosi questo dell'assegno minore? Si obbietta che lo scopo stesso del diritto agli alimenti si oppone a che si transiga sul medesimo. Ma già ho prevenuto questa obbiezione: la transazione può invece assicurare tale scopo. E ciò è sì vero che gli stessi avversari limitano il divieto della transazione al caso che questa mirasse a distruggere i risultati che il Legislatore ebbe in mira di conseguire, stabilendo il diritto agli alimenti. Si sa del resto che anco in diritto romano la transazione intorno agli alimenti non era vietata, ma doveva farsi coll'intervento del magistrato per tutela del creditore (Leg. 8, C. de transactionibus, II, 4); tanto che si sosteneva, sebbene fatta senza tale formalità, quando il creditore aveva migliorato o almeno non aveva deteriorato la sua condizione. Si sa pure che in diritto francese è formalmente vietato di compromettere sulle donazioni e legati a titolo di alimenti (art. 1004 del Cod. di proc.). Ma nel diritto patrio io non trovo legge che vieti la transazione; nè so immaginare ragione sufficiente per condannarla: parmi invece che sia commendevolissima. Resta inteso che ove si tratti di alimenti *jure sanguinis*, la transazione avrà pieno effetto, *rebus sic stantibus:* sopravvenendo modificazioni nelle condizioni del creditore o del debitore, verrà necessariamente a modificarsi il diritto nella sua importanza pecuniaria.

preferenza; così la figlia maritata deve concorrere col figlio celibe. Incombe del pari ai medesimi tanto se derivino da un solo matrimonio o da più; perciò i figli di secondo letto debbono concorrere con quelli di primo letto a somministrare gli alimenti al comune genitore. La cosa stessa dicasi de' discendenti.

Quanto poi al diritto e all' obbligo degli alimenti riguardante i figli adottivi, essi sono regolati dall'articolo 211; e il medesimo diritto ed obbligo in ordine ai figli naturali, adulterini e incestuosi soggiacciono alle disposizioni degli articoli 186 e 193.

225. In secondo luogo l'obbligazione reciproca degli alimenti sussiste tra suocero e suocera da una parte, e genero e nuora dall' altra. Tale obbligazione si estende agli altri ascendenti affini; cioè al padre e alla madre, all' avo e all'ava e agli altri ascendenti del suocero o della suocera, non essendo che enunciativa l' espressione di suocero e di suocera; perciocchè il matrimonio, rendendo comune la vita de' coniugi, ne rende necessariamente comune i vincoli e i doveri, e perciò come l'uno de' coniugi è tenuto per vincolo di parentela alla prestazione degli alimenti ai suoi parenti, così l' altro li deve ai medesimi per affinità. Inoltre l' obbligazione degli alimenti, imposta al genero e alla nuora, suppone che il matrimonio duri o almeno siano superstiti i figli che ne sono nati; ora non è nè logico, nè giuridico che se l'avo e l'ava sieno in bisogno, e non possano essere alimentati dai loro nepoti, debba negar loro il pane l'uno o l'altro de' genitori dei medesimi; in altri termini che il padre o la madre tollerino che periscano di fame gli avi de' loro figli. [1]

---

[1] Leg. 56, § 1, e Leg. 201, D. de verb. sig. L, 16; Marcadé, art. 201, 206; Demolombe, IV, 25; Delvincourt, I, 87; Vazeille, Du mariage, II, 513; Duranton, II, 406; Aubry e Rau, IV, § 553, pag. 621 testo e nota 5; Valette su Proudhon, I, 446, nota *a*; Mourlon, I, 742; Demant, I, 408; *contro* Proudhon, I, 446; Toullier, II, 612, e Coffinières, Encyclop. v° Aliments, i quali piuttosto che da ragioni, sono stati mossi dal mutamento di redazione fattosi nell' art. 208 del Codice

Ma sotto il nome di suoceri, e di generi o di nuore non sono compresi nè i patrigni, nè le matrigne, nè i figliastri o le figliastre. [1]

Come si diceva, la sussistenza dell'obbligo degli alimenti fra i nominati affini è dipendente da una di queste due condizioni; cioè o dalla persistenza del matrimonio o dalla sopravvivenza di figli o loro discendenti alla morte di uno de'coniugi (art. 140). [2] A tale effetto il figlio concepito si ha per nato; perciò, esempligrazia, una vedova lasciata incinta dal defunto marito avrà il diritto di domandare gli alimenti a'suoi suoceri; imperocchè è d'interesse del figlio che fa parte delle viscere di sua madre che questa sia alimentata. [3]

226. In terzo luogo l'obbligazione reciproca degli alimenti sussiste tra fratelli e sorelle (art. 141). Nulla rileva che essi siano germani, consanguinei o uterini; non essendo attribuito dalla legge con la sua disposizione generale ed assoluta alcun valore alla differenza del vincolo in questa materia degli alimenti (art. 141, e arg. *a contr.* art. 740 e 741). [4]

Napoleonico, identico ora all'art. 206 del nostro Codice. Ma il mutamento fu fatto per escludere i figliastri e le figliastre da una parte, e i patrigni e le matrigne dall'altra; e non coll'intenzione di limitare la disposizione agli affini nominati. Il professor Laurent è eziandio di contrario avviso (III, 59); ma solo perchè il testo è chiaro, e limita l'obbligo alle persone che nomina; e perchè lo estender quest'obbligo equivale a crearne uno nuovo che la legge non istabilisce; lo che eccede i poteri dell'interprete. Ma benchè la Corte di Grenoble (9 ag. 1862, Dalloz, 1862, 5, 24, n. 4°), secondo che egli riferisce, ha giudicato nel senso della dottrina di lui; persisto a seguire l'opinione comune, specialmente che lo stesso insigne professore di Gand riconosce che il pensiero del Legislatore manifestatosi nelle discussioni preparatorie fu quello di crear l'obbligo degli alimenti fra tutti gli ascendenti e discendenti nell'ordine dell'affinità, come nell'ordine della parentela.

[1] Dottori cit., loc. cit.

[2] Vedi appresso, n. 233.

[3] Laurent, III, 68.

[4] L'obbligazione reciproca degli alimenti sussisterà fra germani, consanguinei e uterini da una parte e i loro fratelli naturali dall'altra? Nella prima edizione decisi la quistione in senso affermativo; perchè era riconosciuta fra loro la parentela, e perchè è generale ed assoluta la disposizione dell'articolo 141,

Ma tale obbligazione non sussiste tra fratelli e sorelle in modo assoluto e generale, sibbene in modo relativo e limitato; in quanto cioè eglino non possono procacciarseli per una di queste due cause: *a)* per un difetto di corpo o di mente; *b)* per qualsivoglia altra causa non imputabile a loro colpa. Il giudizio sulla esistenza e sulla importanza dell' una o dell' altra di queste cause è di fatto; rimesso perciò al criterio e al prudente arbitrio del giudice. [1] Nondimeno osserverò sulla prima condizione; non doversi distinguere, se il difetto di corpo o di mente proceda o no da colpa del fratello ridotto nella impossibilità di procacciarsi la sussistenza; quindi, avrà diritto agli alimenti, quand' anche, per esempio, con risse provocate, o con la vita licenziosa avesse perduto l' uso di uno o più membri, o istupidita la mente. [2]

Ma più maturo esame m' induce a cambiar di avviso. La parentela è sì riconosciuta fra di loro; ma limitatamente al matrimonio. Ciò solo toglie alla disposizione dell'articolo 141 l' illimitata estensione che le ho attribuito. Ma v' ha di più, gli articoli 186 e 193 che risguardano i diritti e gli obblighi degli alimenti fra i genitori e i figli o semplicemente naturali, riconosciuti o dichiarati, o adulterini e incestuosi, si limitano nei loro rapporti; non possono perciò estendersi fra i loro fratelli e sorelle legittimi per disposizioni che non li riguardano; specialmente avuto riguardo al loro carattere affatto eccezionale. Anche dagli articoli 749 e 752 può trarsi argomento a favore della decisione che ora adotto.

[1] Consulta la sentenza della Corte di Firenze, 2 ott. 1868, A. II, II, 485.

[2] Noto ciò; perchè potrebbe sembrare che l'addiettivo *imputabile* debba riferirsi non solo a *qualsivoglia altra causa*, ma eziandio a difetto di corpo e di mente. Se non che, v' ha una gran differenza fra la impotenza che nasce dal difetto di corpo e quella derivante da altra causa; la prima è assoluta, la seconda relativa; in quella la colpa è causa indiretta, in questa diretta. Aggiungi che l' aggravare la condizione già sommamente misera del monco, del cieco e dell'imbecille, col privarlo del diritto di chiedere gli alimenti, sarebbe cosa inumanissima, specialmente se si considera che tal diritto è limitato agli alimenti strettamente necessari; mentre il negarlo a quello che per abuso di confidenza, per insubordinazione, per malversazione o per altra colpa trovasi in bisogno, è giusto castigo e forse ancora mezzo di resipiscenza (in questo senso Buniva, Op. cit., pag. 312; consulta pure la sentenza della C. di Lucca, 29 dec. 1870, A. IV, II, 597).

Ma sulla seconda condizione il giudizio può riuscire difficile. Per certo sarebbe una causa non imputabile a colpa dei fratelli o delle sorelle la cessazione del lavoro negli stabilimenti industriali in cui erano impiegati, il loro fallimento nè doloso nè colposo. Al contrario sarebbe loro imputabile con pari certezza l'espulsione da un impiego per insubordinazione o infedeltà; la bancarotta, e la loro vita sregolata, dissoluta, rovinosa.[1]

227. L'obbligazione reciproca degli alimenti non sussiste nè a favore nè contro verun'altra persona all'infuori delle sopra nominate; essendo limitiva e non enunciativa la enumerazione che ne fa la legge; perciò non sussiste nè fra zii e nipoti, nè fra cugini, nè fra cognati.[2]

228. Tutte le persone qui sopra nominate non sono obbligate alla prestazione degli alimenti cumulativamente, ma successivamente. L'ordine è basato sopra la causa stessa degli alimenti, cioè sopra il vincolo coniugale o sopra quello della parentela e dell'affinità; perciò viene primo nell'ordine chi ha più stretto quel vincolo, coadiuvato in certi casi da altri motivi.

Quindi l'obbligo degli alimenti cade in primo luogo sopra il coniuge. Il matrimonio fa de'coniugi quasi una persona sola; l'un di essi adunque deve avere prima che qualunque altro parente ed affine l'obbligo di prestare gli alimenti all'altro coniuge (art. 142).

In secondo luogo il medesimo obbligo cade sopra i discendenti (art. 142). Essi non vi debbono concorrere tutti cumulativamente, ma successivamente; osservato cioè l'ordine con cui sarebbero chiamati alla successione legittima della persona che ha diritto agli alimenti, per la regola di equità che *ubi emolumentum, ibi et onus esse debet*; adunque se l'un coniuge non può alimentare l'altro, i figli o soli o in concorrenza de'discendenti dei figli premorti; o i soli discendenti di tutti i figli

[1] Vedi la sentenza della Corte di Torino, 5 dec. 1862, B. XIV, 2, 651.

[2] Consulta C. C. Palermo, 13 ap. 1867, e C. C. Firenze, 30 dec. 1867, A. I, I, 713 e 390.

premorti hanno avanti ogni altro parente ed affine l'obbligo di alimentare il genitore o altro ascendente (art. 142 capov.). Quest' obbligo incombe loro in proporzione delle rispettive sostanze e non già per capo ai primi e per stirpe agli altri (art. 143).[1]

In terzo luogo tale obbligo cade sopra gli ascendenti (articolo 142). Se adunque un coniuge non può essere alimentato dall' altro coniuge, nè da' suoi figli e discendenti, i suoi ascendenti hanno prima di ogni parente ed affine l' obbligo di somministrargli gli alimenti. Anche fra gli ascendenti deve essere osservato il grado di prossimità; perciò, esempligrazia, tale obbligo incombe prima ai genitori del coniuge, poscia agli avi, dopo questi ai proavi, e così di seguito, osservato sempre l' ordine con cui sarebbero chiamati alla successione legittima della persona che ha diritto agli alimenti (art. 138, capov. ult.).[2] Gli ascendenti medesimi non sono tenuti a concorrere coi discendenti nell' adempimento di tale obbligo, non ostante parità ed anche prossimità di parentela colla persona bisognosa di alimenti; perciocchè riguardo ai discendenti l'obbligo degli alimenti ha per causa anche la gratitudine e quasi la rimunerazione verso i loro maggiori, da cui ebbero vita e nome.

In quarto luogo il medesimo obbligo cade sopra il genero e la nuora (art. 142). Se adunque un coniuge non possa avere gli alimenti nè dall' altro coniuge, nè da' suoi discendenti (fra i quali restano compresi i figli del genero e della nuora nominati), nè dagli ascendenti, il suo genero e la sua nuora hanno prima di ogni altro parente ed affine l' obbligo di alimentarlo;

In quinto luogo il medesimo obbligo deve soddisfarsi dal suocero e dalla suocera (art. 142).

Finalmente i fratelli e le sorelle sono gravati per ultimi dallo stesso obbligo (art. 142).

---

[1] Consulta il Proc. verb. 10, II; Palermo, 13 apr. 1867, B. XIX, 1, 266.

[2] L'egregio professor Buniva (pag. 314), seguendo il Fulci, è di avviso che i discendenti siano tenuti per stirpi, perchè l'obbligo degli alimenti è regolato sull'ordine della successione; ma parmi che la regola dell'ordine non possa valere per determinare l' importanza o la portata dell' obbligo.

Il medesimo ordine deve osservarsi, quando una nuora e un genero, una suocera o un suocero, passando a secondi voti, contraggono nuovi obblighi di alimenti; ossia tali persone dovranno in primo luogo alimentare i nuovi rispettivi coniugi, quindi gli altri parenti e gli affini, per virtù sia del primo sia del secondo matrimonio. In caso di bisogno de' vecchi e nuovi affini, il loro diritto è uguale; eccettochè quelli vi avessero già un diritto quesito, o meglio, avessero già esercitato il loro diritto, e questo fosse tuttora in esercizio ed esaurisse le sostanze che il debitore può erogare nella prestazione degli alimenti agli altri.

In fine il medesimo ordine deve osservarsi, se una persona, oltre i parenti legittimi, abbia figli naturali, adulterini od incestuosi; cioè essa deve gli alimenti a questi figli prima che agli ascendenti, ai fratelli e sorelle e agli affini; e li deve loro in concorso coi figli legittimi. Del pari se il figlio naturale, adulterino o incestuoso abbia coniuge o discendenti in condizione di somministrargli gli alimenti; il coniuge ancor prima dei discendenti, e questi prima del genitore saranno tenuti a prestarglieli (art. 186).

L'ordine anzidetto deve essere osservato, tanto se non esista quanto se non abbia sostanze chi vi verrebbe primo.

Ove più persone si trovino nel medesimo grado, debbono concorrere tutte alla somministrazione degli alimenti in proporzione delle proprie sostanze (art. 145); esclusa però nei relativi casi dal patrimonio della figlia, nuora, suocera e sorella la dote, in quanto che i frutti appartengono al marito di lei (arg. articolo 138 e art. 1405).

Le anzidette regole però sono soggette a modificazioni in caso di urgente necessità. Imperocchè verificandosi questo caso, l'autorità giudiziaria può, quanto all'ordine, porre temporaneamente l'obbligazione degli alimenti a carico degli obbligati in sussidio; e quanto al concorso di più obbligati, può porla del pari temporaneamente a carico di un solo di essi. In ambedue le ipotesi però è riservato ai gravati il regresso contro o i principali obbligati o gli altri coobbligati (articolo 145, capov. ult.).

Nel valutare l'urgente necessità richiesta per applicare gli anzidetti temperamenti, non deve essersi soverchiamente rigorosi; e tanto meno quanto più nel caso meriti favore questa materia già per se stessa favorevolissima.

Inoltre quando l'obbligo di prestare gli alimenti è certo, e solo resta a discutere in quali proporzioni stieno i bisogni del padre co' mezzi dei figli, e per qual rata ciascuno di questi debba concorrere a somministrarli, è di giustizia che frattanto si conceda una prestazione provvisionale.[1]

Considerando poi il caso inverso, che cioè tutti quelli che possono aver diritto agli alimenti si trovino di averlo contro un solo (come quando questi fosse al tempo stesso marito, genero, padre, avo, suocero e fratello), e quindi contro di lui avesse diritto agli alimenti la moglie, i suoceri, i discendenti, il genero, la nuora, il fratello e la sorella, tutti potranno dimandarli a lui solo; ed egli, purchè ne abbia mezzi sufficienti, sarà tenuto in proporzione delle sue sostanze a prestarli a tutti, secondo il relativo loro bisogno. Ma se i suoi mezzi non siano sufficienti per tutti, il diritto anche nell'ordine sarà correlativo all'obbligo; cioè sarà poziore il diritto di quello che nel caso inverso avrebbe più stretto obbligo. Quindi, esempligrazia, l'un coniuge avrà diritto ad avere gli alimenti dall'altro coniuge prima che ogni altra persona; poscia i discendenti; dopo questi gli ascendenti; in seguito i generi e le nuore; dipoi i suoceri e le suocere, e infine i fratelli e le sorelle. Piace però che col coniuge debbano concorrere i figli comuni, quasi che, per l'obbligo morale strettissimo che come genitore ha verso di questi, debba dividere con loro il pane che riceve dall'altro coniuge e respettivamente congenitore; ma non gli altri discendenti, come i nepoti, i pronepoti.

Se poi più persone dello stesso grado avessero diritto agli alimenti, come più figli, più suoceri e nuore, più avi e più ave, tutti avrebbero per regola diritto a dividersi gli alimenti

---

[1] Torino, 26 nov. 1867, A. II, II, 320.

che possono prestarsi da chi è verso loro obbligato. Ma il rigore di questa regola deve essere temperato a norma del bisogno maggiore e meno riparabile di alcuno; così se fra gli avi ve ne sia uno più vecchio, più infermiccio, più impotente a procurarsi anche coll'elemosina la sussistenza, l'umanità che è l'anima dell'obbligo degli alimenti, esige sia provveduto convenientemente a lui, e gli altri sieno lasciati in bisogno. Parimente tra i fratelli e sorelle, e forse anche tra i figli, può sembrare più provvido e sino ad un certo punto più equo provvedere alle sorelle e alle figlie che ai fratelli e ai figli. Molto più poi un cieco, uno storpio, un ebete deve essere preferito ad un sano. Ove per altro fossero in concorso figli legittimi, naturali, adulterini e incestuosi, reputo che i figli legittimi debbano essere preferiti ai naturali, e questi ultimi agli adulterini e incestuosi.

229. Quanto alla misura, gli alimenti debbono essere somministrati in proporzione del bisogno di chi li domanda e delle sostanze di chi deve somministrarli (art. 143). Ma questi due elementi del bisogno di chi li domanda e delle sostanze di chi li deve, debbono essere considerati in senso non assoluto, ma relativo; cioè avuto riguardo alla posizione sociale delle persone, all'età e alla salute di chi li domanda, ed eziandio al grado e carattere del vincolo, se cioè sia ascendente o discendente, nuora o suocero; e in fine deve aversi riguardo alla consuetudine del luogo, ove il bisognoso dimora. [1] In altri termini e sotto un riguardo più pratico, se le sostanze di chi deve somministrare gli alimenti sieno sufficienti a soddisfare a tutti i bisogni del petente, il debito degli alimenti non avrà altro limite che quei bisogni, per quanto onerosi; se poi le sostanze fossero insufficienti, il limite della prestazione sarebbe fissato dalla loro importanza, per quanto inferiore ai bisogni del petente.

---

[1] Marcadè, art. 208, 1; Demolombe, IV, 62; Aubry e Rau, IV, 630 testo e nota 18.

Una persona reputasi in bisogno, quando coi suoi mezzi personali, cioè co'suoi beni, col suo lavoro e colla sua industria non può procacciare a se stessa gli alimenti, cioè il vitto, il vestito, l'abitazione e la cura della salute.

Quanto ai beni, dovendosi gli alimenti prendere, per regola, sulle rendite e non sulla proprietà, alienandola, può essere in bisogno anche chi ha beni i cui frutti sieno insufficienti ad alimentarlo.[1] Tuttavia le circostanze di fatto possono esser tali che il bisognoso debba piuttosto vendere i suoi beni che pretendere da altri gli alimenti; così ad un padre che possedesse un bosco di alto fusto o un vecchio castello, potrebbe il figlio, richiesto degli alimenti, rispondere che venda i beni per lui infruttiferi e col prezzo si costituisca un capitale fruttifero. Al contrario può sembrare conveniente che da un figlio, che abbia la nuda proprietà anche di un vasto patrimonio, non possa il padre richiedere la vendita di tale proprietà per sottrarsi all'obbligo degli alimenti; perciocchè la vendita non potrà essere che grandemente pregiudizievole agl'interessi del figlio: al postutto in questo caso l'autorità giudiziaria potrebbe riservare al padre il diritto di rimborso dopo il consolidamento dell'usufrutto con la proprietà.[2]

Quanto al lavoro, per decidere se una persona possa col lavoro e coll'industria procacciarsi gli alimenti, deve aversi riguardo, almeno sino ad una certa misura, alla sua educazione e posizione sociale. Dico, sino ad una certa misura; perocchè il lavoro più umile non avvilisce, ma onora l'uomo. Certo è poi che quando una persona possa col lavoro procacciarsi la sussistenza, non può considerarsi in bisogno all'effetto di aver diritto di conseguire da altri gli alimenti; non dovendo questi servir mai di mezzo e quasi di fomite alla ignavia e all'ozio. Tutto al più le potrà essere concesso per

[1] Oltre gli antichi, fra cui tale dottrina è comune, vedi Duvergier su Toullier, II, 614, nota 3.

[2] Demolombe, IV, 44 e 57. Vedi tuttavia Laurent, II, 71, che preferisce una decisione assoluta nel senso che chi ha beni, non si trova in bisogno.

quel tempo che sia riconosciuto necessario per trovar lavoro. [1]

Se alcuno si trovi in bisogno parziale, avrà diritto solamente a ciò che gli manca per la sussistenza.

Del resto non rileva per qual causa alcuno si trovi in bisogno (salve le disposizioni risguardanti i fratelli e le sorelle); ossia avvenga ciò per isventura a lui non imputabile, o per sua colpa, od anche per reato.

Se quegli che dimanda gli alimenti manca affatto di mezzi, non è certamente tenuto a provar nulla; ma se abbia mezzi, deve egli provare che questi sono insufficienti ai suoi bisogni. Resta salva pel convenuto la prova che l'attore ha mezzi, e che questi sono sufficienti ai bisogni di lui. [2]

In quanto poi alle sostanze del debitore, esse sono costituite non solamente dai capitali, ma ancora dai prodotti del lavoro e dell'industria di una persona. [3] Senza dubbio tra le sostanze del figlio, al quale il padre domanda gli alimenti, debbono computarsi anche quei beni pervenuti nel figlio medesimo colla condizione che il padre non ne abbia l'usufrutto. [4]

---

[1] Consulta Aubry e Rau, IV, pag. 627 testo e nota 22; Laurent, III, 71.

[2] Merlin, Rép. v° Aliments, § 2 bis 2; Duranton, II, 410; Demolombe, IV, 47; Aubry e Rau, IV, 627 e seg.

[3] Rota romana, Decis. romana alimentorum, 12 dec. 1854, cor. De-Silvestri; questi disse che *alimenta avus nepoti praestare tenetur, quamvis non sit dives, sed industria personali lucris non careat.* Il Tribunale d'Appello di Venezia (apr. 1845), fece ancora un passo, e decise che per essere condannato un figlio a concorrere al sostentamento del padre indigente e incapace a procurarselo, non occorre la prova di esuberanti lucri, ma soltanto della sua idoneità al lavoro e al guadagno. È però sottinteso che se cotesto figlio fosse così sciagurato di rinunziare al lavorò per non dividere col padre il pane de' suoi sudori, questi non avrebbe mezzi per costringervelo; ma potrebbe piacere che se il figlio un giorno venisse ad aver mezzi col lavoro o altrimenti, fosse tenuto a pagare i debiti che il padre avesse contratto per i suoi alimenti, perciocchè la mancanza de' mezzi, che il figlio patì, è imputabile a lui a colpa, quasi come diretta a frodare il suo creditore.

[4] Torino, 26 marzo 1867, A. II, II, 320.

Per decidere se una persona abbia sostanze sufficienti per esser tenuta verso altri alla prestazione degli alimenti, non deve considerarsi esclusivamente il molto spendere che fa al presente, ma quanto gli sia necessario, però in misura alquanto larga; perciocchè anche l' obbligo degli alimenti esige che il debitore lo adempia con suo sacrifizio.[1]

Queste regole però non sono applicabili ai fratelli e alle sorelle, che non possono chiedere se non gli alimenti strettamente necessari; quelli cioè che sono indispensabili per campare la vita.[2]

230. Ma la quantità di alimenti una volta assegnata non rimane perpetuamente fissa; essa anzi è soggetta naturalmente a variazioni, per esserne variabile la misura, cioè le sostanze da una parte, e i bisogni dall' altra (art. 144).[3] Così, per esempio, cogli anni crescono i bisogni, e col crescere de' bisogni aumenta la portata del diritto agli alimenti; e al contrario col riacquisto della salute, col prosperamento degli affari può diminuire l' insufficienza de' mezzi di sussistenza che possiede il creditore, e diminuire di conseguenza l' importanza del suo diritto agli alimenti. Parimente quegli che presta gli alimenti, potrà perdere in parte le sue sostanze, trovarsi in maggiori bisogni personali; sicchè vengano a diminuirgli i mezzi di prestare gli alimenti nella quantità stabilita; come al contrario potrà aumentare il suo patrimonio o trovarsi in meno bisogni, ed essere perciò in condizione di prestare maggiori alimenti. In somma la somministrazione degli alimenti deve esser sempre misurata sul bisogno *attuale* dell' uno, e sulle sostanze *attuali* dell' altro, e quindi farsi luogo in ogni tempo alla dimanda o di riduzione o di supplemento della pensione degli alimenti.[4] Che anzi indipendentemente da ogni

---

[1] Vedi Rota romana, Decis. Ravennaten. alimentorum, 4 ag. 1856.

[2] C. C. Torino, 11 gen. 1867, A. I, II, 208.

[3] Torino, 5 gen. 1866, B. XVIII, 2, 1; Firenze, 2 ott. 1868, A. II, II, 485; C. C. Torino, 26 nov. 1868, B. XX, 1, 940.

[4] Marcadé, art. 209; Vazeille, II, 519; Demolombe, IV, 67; Aubry e Rau, IV, 631.

mutazione nelle condizioni di chi somministra o di chi riceve gli alimenti, può farsi luogo all'aumento o alla diminuzione degli alimenti, se gli assegnati vengano riconosciuti scarsi o troppo abbondanti.[1]

Più ancora, la prestazione degli alimenti può essere, per le medesime ragioni, intermittente, cioè può cessare e ricominciare ad essere dovuta col cessare e ricominciare dei bisogni del creditore, o col perdersi e riacquistarsi dal debitore i mezzi di farla (art. 144).

Da tutto ciò deriva che le convenzioni stipulate fra chi deve dare e chi deve avere per legge gli alimenti, e aventi per solo oggetto il determinare la quantità degli alimenti da prestarsi, non sono irrevocabili, ma soggette a subire le stesse variazioni dei bisogni del creditore e della fortuna del debitore.[2] Anzi per la medesima ragione non si dà regiudicata immutabile in riguardo alla quantità degli alimenti che è da prestarsi.[3]

È bene inteso che appartiene all'autorità giudiziaria di provvedere per la cessazione, la riduzione o l'aumento degli alimenti secondo le circostanze (art. 144).

Resta a notare che l'azione di riduzione degli alimenti può essere sperimentata eziandio dai creditori di quello che li presta; perocchè è sì inerente alla persona il diritto agli alimenti, quando ha per base il vincolo di parentela e di affinità, ma non il diritto dell'obbligato alla riduzione del medesimo (art. 1234).[4]

231. L'obbligo degli alimenti può essere soddisfatto in danaro o in natura a scelta del debitore (art. 145). La somministrazione in danaro può essere fatta giornalmente o per anticipazione di mese in mese ed anche di anno in anno a beneplacito dell'obbligato e dell'alimentato, e in loro disaccordo, ad arbitrio dell'autorità giudiziaria, tenuto conto di tutte

---

[1] Demolombe, IV, 67; Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Demolombe, IV, loc. cit.

[3] Aubry e Rau, loc. cit.; Rota rom., Decis. 43, cor. De-Curtiis.

[4] Laurent, III, 75.

le circostanze. La somministrazione in natura deve esser fatta regolarmente nella casa del debitore (art. cit.); ma egli può essere autorizzato dal giudice a prestarli in natura anche fuori di casa, giusta l'esigenza della fortuna di lui e delle abitudini del creditore; come se, per esempio, la coabitazione fosse impossibile per inconciliabilità dei loro caratteri e da una parte il debitore avesse sostanze limitate e consistenti in tali beni che la prestazione in natura potrebbe riuscirgli meno onerosa, e dall'altra il creditore fosse dedito alla dissipazione e alla crapula. Per la medesima ragione (avuto però sempre riguardo alle circostanze), il debitore degli alimenti potrebbe essere autorizzato a prestarli parte in danaro e parte in natura; come, per esempio, chiamare il creditore al suo desinare, e il resto dare in danaro (art .145, capov. 1°). Più ancora; il debitore degli alimenti può reputarsi aver soddisfatto il suo obbligo degli alimenti, offrendo al creditore il lavoro o un impiego con cui possa agevolmente procacciarseli. L'ozio e l'ignavia, già si disse,[1] non debbono essere favoriti colla prestazione degli alimenti.[2]

Viceversa il creditore può, secondo le circostanze, ottenere dall'autorità giudiziaria che sia assegnato un modo di somministrazione diverso da quello scelto dal debitore, come se questi volesse riceverlo e mantenerlo nella propria casa in cui la vita comune sarebbe disgustosa, fosse anche per causa dello stesso creditore, o nella quale questi potrebbe ricevere mali trattamenti e peggiori esempi.[3] Parimente l'avo o il suocero

---

[1] Vedi sopra n. 229.

[2] Demolombe, IV, 82; Mourlon, I, 748.

[3] Demolombe, loc. cit. Vedi la sentenza della Corte di Nîmes, 12 frut. an. 12; di Poitiers, 25 nov. 1824; di Casale, 8 feb. 1858, B. X, e di Firenze, 18 giug. 1869, A. III, 2, 658; 2, 170. La prima di queste Corti non ammise l'istanza de' genitori che volevano alimentare in casa i propri figli, a motivo di asprissimi trattamenti e di cattivi esempi; la seconda la rigettò per la sola presenza della matrigna; la terza estese il benefizio di questa disposizione per dispensare una sorella dal coabitare co' fratelli, sotto la quale condizione le fu

obbligato a prestare gli alimenti ai nepoti non può pretendere di riceverli e mantenerli nella sua casa, se non consente alla loro madre di seguirli, essendo inumano il dividerla da essi; [1] e per la stessa ragione se il suocero per mali trattamenti contro la nuora fosse condannato a prestarle gli alimenti fuori della sua casa, dovrebbe essere condannato parimente a somministrare fuori di casa gli alimenti ai figli di lei, rispettivamente suoi nipoti. [2]

Ma il creditore non potrà mai esigere che l' obbligato costituisca un capitale, i cui frutti sieno applicati alla somministrazione degli alimenti, nè (come sopra fu notato) [3] che dia garanzia per la soddisfazione del suo debito; ammenochè provasse aversi dall' obbligato l' intenzione frodolenta di sottrarsi all' obbligo suo. [4]

Il modo di somministrazione, o scelto dal debitore o determinato dall' autorità giudiziaria, può essere nel primo caso variato sempre e per semplice volontà del debitore, nel secondo allorchè sia avvenuta una mutazione nelle condizioni di chi la deve o di chi la riceve, e per decreto dell' autorità giudiziaria (arg. art. 145). [5]

232. I modi, con cui si estingue l'obbligazione di somministrare gli alimenti, sono generali e speciali, secondo che sono applicabili a tutte le persone, o ad alcune solamente.

---

dal padre lasciato un legato di alimenti. La quarta invece dichiarò che la severità dei sistemi di famiglia praticati dal padre non sono ragioni apprezzabili, perchè il figlio possa pretendere d'essere alimentato fuori della casa paterna; ma che invece ne è giusta ragione, se fra il figlio e il padre vertano delle liti sulla divisione d'una eredità, ed inoltre il padre stesso siasi ingiustamente opposto a qualsiasi prestazione di alimenti. Consulta pure la sentenza della Corte di Firenze, 9 ott. 1868, A. II, II, 493.

[1] Vedi sentenza della Corte di Torino, 4 nov. 1848.

[2] Vedi sentenza della Corte di Torino, 24 ott. 1849.

[3] Vedi sopra n. 222.

[4] Demolombe, IV, 68 e 69.

[5] Demolombe, IV, 85.

I modi generali sono:

1° La cessazione del bisogno. Ma finchè questo dura, l'obbligazione degli alimenti ha vigore, qualunque sia l'età dell'alimentato, e per quanto da lungo tempo gli si faccia la sovvenzione. Come innanzi fu detto, l'estinzione dell'obbligo per questa causa può non essere che temporanea, potendo rinascere col bisogno;

2° La perdita delle sostanze; ma anche in questo caso l'estinzione può essere semplicemente temporanea;

3° La morte dell'obbligato, o quella dell'alimentato (art. e arg. art. 146). Se non che mentre la morte del creditore estingue l'obbligo degli alimenti in modo assoluto e in riguardo a tutti, senza che possano giovarsene i suoi eredi, se non nella qualità di parenti o di affini e per diritto proprio, la morte del debitore lo estingue riguardo a lui solamente; perciocchè dopo esso quell'obbligo può passare in altri parenti ed affini, i quali vengano successivamente nell'ordine della obbligazione degli alimenti. Così se un genero abbia gli alimenti dal suocero e questi muoia, incominceranno ad essere obbligati verso di lui i fratelli e le sorelle. Nè deve distinguersi, se codesti parenti od affini sieno o no eredi del defunto; perciocchè saranno sempre tenuti nella qualità di parenti e di affini e non mai di eredi, e perciò quand'anche la eredità fosse oberata. Neanco rileva che gli alimenti sieno somministrati in esecuzione di sentenza; perciocchè sono sempre dovuti per causa del vincolo di parentela e di affinità, causa semplicemente dichiarata dalla sentenza (art. 146). La stessa decisione deve seguirsi, se fra il creditore e il debitore degli alimenti siasi stipulata una convenzione per regolare la somministrazione, rimanendo pur sempre legale la obbligazione (arg. art. 146 cit.).

233. I modi speciali poi riguardano i suoceri e le suocere, i generi e le nuore, e sono due, cioè le seconde nozze e la morte del coniuge da cui derivava l'affinità, senza lasciar figli e discendenti.

Quanto alle seconde nozze, esse fanno perdere il diritto agli alimenti alla suocera e alla nuora, ma non al suocero ed al genero; perciocchè quelle e non questi pèrdono il nome del

primo coniuge e acquistano diritto contro il secondo, di essere sovvenute; cessano in certo modo di appartenere a se stesse; e non possono più profittare, almeno in modo esclusivo, della pensione alimentaria. Però col diritto non si estingue l'obbligo di cui possono essere gravate, ossia la suocera che si rimarita continua ad essere obbligata alla somministrazione degli alimenti verso i generi e le nuore, e la nuora verso le sue suocere e i suoi suoceri; perciocchè da una parte non è legale che alcuno per fatto suo si sciolga dagli obblighi che ha; e dall'altra non osta il principio di reciprocità, che una persona, dopo perduto il diritto ad esigere gli alimenti, sia vincolata dall'obbligo di prestarli. [1] Ma le seconde nozze della madre non le fanno perdere il diritto di avere gli alimenti dai figli del primo letto, sussistendo sempre nel suo pieno vigore il vincolo della parentela, e non essendo lecito di estendere le disposizioni penali; essi però vi saranno tenuti dopo il secondo marito della madre loro e in concorrenza coi figli di secondo letto. [2] Se la suocera e la nuora divenissero novamente vedove, non rinascerebbe in loro favore il diritto agli alimenti, essendo definitiva ogni decadenza di diritti comminata dalla legge, se altrimenti non ha disposto. [3]

Quanto al secondo modo, la morte del coniuge da cui deriva l'affinità, e dei figli nati dalla sua unione coll'altro coniuge, e de'loro discendenti estingue l'obbligo reciproco degli alimenti tra il coniuge superstite e il suocero e la suocera rispettivamente padre e madre del coniuge defunto (art. 140, 2°). Quindi, per esempio, dopo la morte di tua moglie, se e finchè avrai uno o più figli nati da essa o i discendenti di questi, dovrai gli alimenti

---

[1] Duranton, II, 420; Aubry e Rau, IV, § 553, pag. 622 testo e nota 6; Marcadé, art. 204, 207; Duvergier su Toullier, II, 614, not. *a*; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 358; Mourlon, I, 744; Laurent, III, 76; *contro* Delvincourt, 206; Coffinières, loc. cit. pag. 46; Demolombe, IV, 29.

[2] Duranton, II, 421; Vazeille, II, 496; Demolombe, IV, 31; Aubry e Rau, loc. cit.; Laurent, loc. cit.

[3] Duranton, loc. cit.; Demolombe, IV, 30; Laurent, loc. cit.

ai tuoi suoceri e agli altri ascendenti di lei, ed essi li dovranno a te. Ma dall'istante che i tuoi figli e i loro discendenti venissero a morire, cesserebbe e per te e pe' tuoi suoceri ogni rispettivo diritto ed obbligo di alimenti; per essersi l'affinità rilasciata tanto da mancarle la forza di continuare a dar vita ai medesimi. Che se i figli non fossero mai nati o fossero premorti tutti ad uno de' genitori, il diritto e l'obbligo degli alimenti non sarebbero neppure nati.

234. Oltre tali cause, non ne esistono altre che estinguano l'obbligo degli alimenti; neanco quelle per le quali un coniuge può dimandare la separazione personale, o un erede presuntivo divenga indegno di succedere alla persona a cui si domandano gli alimenti; perciocchè le decadenze non possono ammettersi senza espressa disposizione di legge; nè d'altra parte v'ha affatto parità fra il diritto agli alimenti e il diritto alla separazione o alla successione; essendo il diritto alla separazione cosa ben più lieve del diritto agli alimenti, e ben più grave la decadenza dal diritto degli alimenti che dal diritto successorio (art. 156 in fine e art. 757).[1]

235. Resta ora a discorrere sul diritto di rimborso per gli alimenti prestati.

Senza dubbio se un parente o un affine in esecuzione del suo obbligo ha somministrato ad un altro gli alimenti, non ha l'azione di rimborso contro quest'ultimo, neppure allora che salga nella più opulenta fortuna; perciocchè non ha fatto già un'anticipazione, un prestito, ma soddisfatto un suo vero debito.[2] Ove però glieli abbia prestati, credendolo in bisogno, mentre in verità non vi si trovava, avrà diritto alla ripetizione di quanto gli ha dato, siccome pagato indebitamente (art. 1146).[3]

---

[1] Necare videtur et is qui alimenta denegat. Consulta in questo senso Coffinières, loc. cit. n. 23 e 24; Massé e Vergé su Zachariae, I, 222; Boileux, art. 203; Demolombe, IV, 51; Ledru-Rollin, Répert. général du Journal du Palais, v° Aliments, § 2, n. 55; *contro* Toullier, II, 614; Duranton, II, 315; Vazeille, II, 514; Marcadé, art. 210 e 211, n. 2; Aubry e Rau, IV, § 553, pag. 628.

[2] Demolombe, IV, 72; Laurent, III, 79.

[3] Laurent, loc. cit.

Se una persona abbia somministrato gli alimenti ad un'altra senza esservi obbligata, avrà o no diritto di ripeterli da quello che era tenuto a farne la prestazione, secondo che li abbia ad essa forniti coll'intenzione di ripeterli o coll'animo di farle atto di liberalità. Questa intenzione può essere formalmente dichiarata; e può risultare eziandio dai fatti. In questa seconda ipotesi i fatti debbono valutarsi con la scorta di questi due principii, cioè *a)* che la donazione non si presume mai; *b)* che si presume che doni chi dà senza esservi obbligato. Questi due principii, sebbene a primo avviso sembri che si elidano, pure debbono conciliarsi in questo senso, che l'uno contemperi l'altro o ne moderi l'applicazione. Il secondo principio deve nel dubbio prevalere nella prestazione degli alimenti; sia perchè ordinariamente è modica, e si fa con le rendite; sia perchè la loro stessa natura attesta lo spirito di carità e di beneficenza e un sentimento delicato del decoro della famiglia. Queste considerazioni hanno tanto più forza, quanto più stretto è il vincolo di parentela e di affinità (sia o no compreso nel grado entro cui l'obbligazione può sussistere), e quanto più ricco è l'un parente o affine e povero l'altro. Ove però la persona, a cui sono prestati gli alimenti, avesse avuto mezzi sufficienti pel suo mantenimento, la donazione non si presume; così, per esempio, non si presume nel caso che un fratello abbia mantenuto in sua casa una sorella, che ha un patrimonio suo proprio; e molto meno nel caso che un padre avesse mantenuto un figlio, de'cui beni tenne l'amministrazione e percepì i frutti.[1]

---

[1] Consulta Merlin, Rép. v° Aliments, § 1, art. I, n. 60; Laurent, III, 81. La Corte di Torino (29 nov. 1869, A. III, 2, 552) applicava le stesse regole a persone estranee; decidendo che chi riceve ed alimenta in casa propria un amico, da cui fu già a sua volta ricevuto ed alimentato gratuitamente, si presume aver ciò fatto senz'animo di ripetere da questi le spese di vitto e d'alloggio, e per mero contraccambio di cortesia; quand'anco la dimora di questo nella casa del primo sia stata più lunga di quella che egli abbia fatto presso di lui.

In verun caso quegli che non obbligato prestò gli alimenti ad una persona potrà ripeterli dal vero debitore, se l'alimentato si trovò in bisogno di riceverli da altri, in conseguenza della violazione de' suoi doveri; così, per esempio, un figlio minore fuggito dalla casa paterna e che siasi rifiutato di ritornarvi malgrado replicate ingiunzioni dell' autorità giudiziaria, non ha diritto di conseguire dal padre l' importo di alimenti arretrati fornitigli da altri; nè questi può pretendere a subingresso per esercitare le azioni di lui. [1]

Ove ne sia il caso, il rimborso degli alimenti potrà essere conseguito dalla persona che li ha somministrati, coll' *actio negotiorum gestorum*, se sia intervenuta gestione di affari; altrimenti coll' azione spettante all' alimentato, esercibile da essa o per cessione avutane o per benefizio dell'articolo 1234. [2]

In fine la persona che ha somministrato gli alimenti ad un'altra, senza esservi obbligata, può ripeterli anche dall' alimentato medesimo; semprechè non glieli abbia somministrati coll' animo di fargli atto di liberalità, siccome nella precedente ipotesi si dichiarava. In questo caso conseguirà essa il rimborso coll'*actio de in rem verso;* basata sul principio: *Nemo locupletari debet cum aliena jactura.* [3]

CAPO X.

DELLO SCIOGLIMENTO DEL MATRIMONIO E DELLA SEPARAZIONE DEI CONIUGI

SOMMARIO

236. Dello scioglimento del matrimonio. Esso non ha luogo, se non per morte di uno de' coniugi. L'assenza può equipararsi alla morte per questo effetto? In qual tempo dopo lo scioglimento del primo matrimonio, un vedovo o una vedova può passare a seconde nozze?

237. Della separazione dei coniugi. Che cosa essa sia. Per quali e quante cause possa dimandarsi.

---

[1] C. C. Torino, 5 giugno 1867, B. XIX, 1, 425; e Genova, 23 giugno 1868, B. XX, 2, 570; consulta pure, tenendo però conto delle circostanze di fatto, Casale, 17 febbraio 1868, B. XX, 2, 127; e Napoli, 17 marzo 1869, B. XX, 2, 174.

[2] Consulta Leg. 5, § 16, D. de agn. et alen. liberis, XXV, 3; Duranton, II, 390; Marcadé, art. 204-207, V; Aubry e Rau, IV, § 553, pag. 629; Laurent, III, 80.

[3] Laurent, III, 81.

236. Il matrimonio non si scioglie che colla morte di uno dei coniugi (art. 148). L' assenza, per quanto prolungata, non produce tale effetto.

Sciolto il matrimonio per morte della donna, il marito può immediatamente contrarne un secondo; sciolto per morte del marito, la vedova, come fu dichiarato superiormente, [1] non può passare a seconde nozze che dopo dieci mesi di lutto; eccetto che non partorisca prima (art. 57).

237. La separazione de' coniugi è lo stato di due coniugi dispensati legalmente dall' obbligo della coabitazione.

Le cause per le quali i coniugi possono dimandare la loro personale separazione sono sei, cioè:

1º L' adulterio;

2º Il volontario abbandono;

3º La vita girovaga del marito, o il suo rifiuto di fissare una residenza in modo conveniente alla sua condizione e proporzionata ai suoi mezzi;

4º Gli eccessi, le sevizie, le minacce e le ingiurie gravi;

5º La condanna ad una pena criminale;

6º Il mutuo consenso.

La terza di queste cause non può verificarsi che a favore della moglie; le altre cinque a favore d'ambedue i coniugi.

238. L' adulterio della moglie costituisce a favore del marito una causa di separazione, considerato in sè puramente e semplicemente (art. 150); al contrario l' adulterio del marito non è causa di separazione per la moglie, se non quando vi concorra uno di questi tre estremi; cioè:

1º Che il marito mantenga la concubina in casa (articolo 150, capov.). Nel senso rigoroso della parola chiamasi concubina la donna che, senza essere maritata con un uomo, vive con esso, come se gli fosse moglie; di guisa che per costituire il concubinato è necessaria la vita comune dell' uomo e della donna per un tempo più o meno lungo. Ma nel diritto patrio si ritiene concubina anco quella, la quale, senza convivere con un uomo che non l' è marito, ha con questo continui rapporti sessuali, siane o no mantenuta. Per casa poi s' intende il luogo

---

[1] Vedi sopra n. 123.

in cui il marito abitualmente dimora, e in cui perciò la moglie ha il diritto e l'obbligo di coabitare. È indifferente che il marito abbia quivi il domicilio o la semplice residenza; cosicchè anco un albergo può costituire la casa coniugale; perocchè il marito ancor quivi può vivere abitualmente, anzichè alloggiarvi accidentalmente. Ove il marito occupi tutta una casa, basta che la concubina viva sotto il medesimo tetto, anzi in una dipendenza della casa medesima, come in una casina aggiunta ad un giardino o ad un parco. Ma se al contrario ne occupi una parte, per esempio, un appartamento, è necessario che la concubina sia mantenuta in questo appartamento, che solo costituisce l'abitazione coniugale: mantenuta in altro appartamento abitato da altri, non può dirsi che si verifichi la condizione aggravante di cui si discorre.[1] Molto meno si potrà considerare verificata questa condizione, se un marito mantenga la concubina in una casa sua, che suole affittare e in cui egli non risiede, od anche nella casa colonica del podere, ove trovasi il casino di villeggiatura; non essendo quella dipendenza del casino e luogo d'abitazione del marito.[2] Non rileva neppure che la concubina sia introdotta nella casa del marito con proposito adultero da lui, o per altro intento, sia da lui sia dalla moglie, a titolo gratuito od oneroso, come di ospitalità, di servizio, d'istruzione pei figli; e che sia persona estranea o parente ed affine.[3] Neanco rileva che la moglie abbia abitato o no la casa nel tempo che il marito vi manteneva la concubina, quand'anche ne fosse uscita debitamente autorizzata in

---

[1] Demolombe, IV, 371-375; Laurent, III, 184. L'ultima decisione ha una grande importanza nel diritto francese: perchè la separazione è ammessa limitatamente nel caso in cui il marito mantenga la concubina nella casa coniugale; ben minore e quasi nulla dal lato pratico l'ha nel diritto patrio; attese le altre due circostanze aggravanti che vi sono state ammesse.

[2] Vedi Demolombe e Laurent, loc. cit.; e applica a queste decisioni le considerazioni svolte nella nota precedente.

[3] Merlin, Questions, v° Adultère, § VII; Duranton, II, 546; Demolombe, IV, 372 e 373; Aubry e Rau, IV, § 491, pag. 153; Laurent, III, 181.

pendenza del giudizio di separazione.[1] Ma infedeltà accidentali e fuggitive commesse dal marito nella casa coniugale con una o più donne non costituiscono il concubinato considerato dalla legge.[2]

2º Che il marito mantenga la concubina notoriamente in luogo diverso dalla casa coniugale (art. 150, capov.). È affatto indifferente che questo luogo sia nel paese in cui i coniugi risiedono, o altrove: basta che il concubinato sia notorio.

3º Che l'adulterio del marito sia accompagnato da circostanze tali, che il fatto costituisca una ingiuria grave alla moglie (art. 150). Le circostanze possono esser varie, ed appartiene alla prudenza del tribunale di deciderne. Tuttavia può noverarsi fra esse la sorpresa in flagrante adulterio;[3] la perpetrazione di frequenti e concertati adulterii nella casa coniugale o in altro prossimo luogo, tanto che la moglie ne debba essere quasi testimone;[4] il mostrarsi il marito con la concubina alla moglie, ai figli, al pubblico; il profondere nel concubinato le sue ricchezze, specialmente se lascia la famiglia in mezzo alle privazioni.

Questa differenza di trattamento riconosce per causa la diversa gravezza dell'adulterio, secondo che è commesso dalla moglie o dal marito; perciocchè prescindendo dai pregiudizi, l'adulterio della moglie, rendendo incerta la paternità della prole, mette a repentaglio la costituzione della famiglia, che è la base della società.

239. La seconda causa della separazione de' coniugi è l'abbandono volontario (art. 150); costituendo esso una grave infrazione ai doveri coniugali e specialmente a quelli della coabitazione e dell'assistenza.

---

[1] Merlin, loc. cit.; Duranton, II, 515; Demolombe, IV, 375; Aubry e Rau, loc. cit.; Massol, De la séparation de corps, p. 33, not. 2; Laurent, III, 182.

[2] Demolombe, IV, 370; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 405; Laurent, III, 183.

[3] Relazione Vigliani, pag. 56.

[4] Consulta Demolombe, IV, 378, e Laurent, III, 183; tenendo però conto della differenza fra il diritto francese e il patrio.

L'abbandono è in termini generali e rigorosi l'allontanamento da un luogo con intenzione di non più ritornarvi. Laonde il marito, che lascia la casa coniugale per un viaggio, quantunque lungo e non giustificato da plausibili motivi, o per arrolarsi volontario nell'esercito in occasione di una guerra nazionale, non abbandona la casa coniugale; la moglie che a motivo di dissapori col marito, con la suocera, le cognate ed altri affini lascia la casa coniugale e ritorna a quella del padre o di altri parenti non abbandona la casa coniugale. La quistione è di fatto.[1]

L'abbandono deve essere volontario; chè altrimenti non può costituire un mancamento ai doveri coniugali. La causa della necessità dell'abbandono deve essere regolarmente legittima, perchè per l'abbandono medesimo non possa dimandarsi la separazione; tuttavia anche una causa illegittima, come la fuga presa per isfuggire alla giustizia punitrice, o ad un morbo contagioso che abbia spaventato l'un de' coniugi, toglie all'abbandono ogni carattere d'infrazione dei doveri coniugali.

240. In terzo luogo la moglie può chiedere la separazione,

1° Quando il marito non fissi senza alcun giusto motivo una residenza (art. 152); perchè la famiglia, considerata in sè e nei suoi più nobili uffici, esige stabile sede. Il giudizio sul giusto motivo è rimesso al criterio dell'autorità giudiziaria. Può essere, esempligrazia, giusto motivo il commercio ambulante o i viaggi scientifici che faccia il marito; è certamente motivo giusto l'esecuzione degli ordini del Governo dal quale egli dipende; come al contrario non è giusto motivo la fuga dalla giustizia che lo persegue;

2° Quando avendo i mezzi, ricusi di fissare la residenza in modo conveniente alla sua condizione (art. 152); inquantochè la moglie seguendo la condizione del marito, ha diritto ad un trattamento pari a tale condizione. La residenza deve essere conveniente alla condizione del marito, ma non proporzionata

[1] Consulta la sentenza della C. di Torino, 27 febbraio 1868, B. XX, 2, 161.

ai suoi mezzi, quando questi potrebbero bastare ad una residenza ben più agiata e splendida; sempre perchè essa segue la condizione e non le ricchezze del marito; quindi se si sposò ad un borghese opulento quanto un principe non può pretendere una residenza principesca. Non si deve però sempre trascurare del tutto la condizione della moglie, specialmente quando questa, per essere splendidissima, fu presa in considerazione dal marito, nella scelta della sposa; come quando, per esempio, un opulento borghese si sposi ad una giovane di vetusta famiglia aristocratica per dar lustro al suo nome.

241. La quarta causa di separazione personale tra i coniugi sono gli eccessi, le sevizie, le minacce e le ingiurie gravi (art. 150). [1]

Per eccessi s' intendono gli attentati che mettono in pericolo la vita di quello de' coniugi contro il quale sono commessi. Sono sevizie gli atti di crudeltà e di durezza meno gravi e violenti degli eccessi, e in generale tutti i cattivi trattamenti. Le minacce consistono in atti o movimenti severi di mano o di testa, o in parole aspre con cui si promette altrui o gastigo o vendetta. Finalmente le ingiurie possono essere verbali o reali. Le verbali consistono in parole o scritti con cui l' un de' coniugi offende l' onore e la considerazione dell' altro, e manifesta contro di lui sentimenti di odio, di avversione e di disprezzo; tale è in modo speciale l' imputazione calunniosa di adulterio lanciata dal marito contro sua moglie; tale è pure l' esercizio dell' azione di denegata paternità promossa da lui, e rigettata; eccetto che le circostanze di fatto abbiano suscitato in esso serii sospetti intorno alla sua paternità. Ma non può mai considerarsi come ingiuria, l' esercizio che l' un de' coniugi fa di un proprio diritto; per quanto esso possa riescire di pregiudizio alla considerazione di cui l' altro gode. Quindi, per esempio, la moglie non può dirsi ingiuriata nel senso inteso

[1] Consulta C. C. Torino, 26 marzo 1868; Torino, 1 agosto 1868; Genova, 4 novembre 1868, e Torino, 15 decembre 1868, B. XX, 1, 305; e 2, 682, 849 e 928.

dall' articolo 150, dal marito che nei pubblici fogli annunzia, non intender egli pagare i debiti che potranno essere contratti da sua moglie. Nemmeno quel de'coniugi, contro il quale sia stata promossa la dimanda di separazione, arreca ingiuria al coniuge attore, quando nel giudizio di separazione per sua legittima difesa imputa a questo dei fatti biasimevoli che ha commesso; come se il marito accusato di sevizie da sua moglie alleghi per sua difesa la condotta licenziosa o poco riservata di lei. [1]

Sono poi ingiurie reali tutti que'fatti che costituiscono o un insulto o un oltraggio o un atto di disprezzo contro il coniuge a cui danno si sono compiuti; è quindi ingiuria reale l' ostinato rifiuto della moglie di tornare presso di suo marito; o il rifiuto di questo di ricevere in sua casa la moglie. [2] Al contrario non può ritenersi ingiuria nel senso dell' articolo 150 il rifiuto o del marito o della moglie di celebrare il matrimonio religioso, [3] e meno ancora il cambiamento di religione.

Gli eccessi costituiscono sempre e in modo assoluto, causa di separazione personale tra i coniugi. Ma le sevizie, le minacce e le ingiurie debbono essere gravi. Esse sono gravi, quando rendono impossibile al coniuge che le ha patite, il convivere coll'altro. Il giudizio intorno alla loro gravità è rimesso al criterio dell' autorità giudiziaria ed è incensurabile avanti la Corte di cassazione. [4] Essa deve aver riguardo principalmente alla educazione, alle abitudini e ai sentimenti dei coniugi contendenti. Deve pure aver riguardo alle circostanze in cui le sevizie, le minacce o le ingiurie hanno avuto luogo, e ai torti che il coniuge attore può aver commesso contro l'altro. [5]

---

[1] Consulta Laurent, III, 191; e la Legge, vol. XII, pag. 283, nota 1.

[2] Demolombe, IV, 391 e 392; Aubry e Rau, IV, § 491, pag. 153; Laurent, III, 195.

[3] Thieriet, Revue de législation, 1846, III, 170; Laurent, III, 196; *contro* Demolombe, IV, 390; Aubry e Rau, loc. cit. Considerata da una parte la libertà di coscienza, e dall'altra l'incompetenza della legge civile in materia religiosa, reputo che non possa incontrare seria difficoltà la decisione che ho adottato.

[4] C. C. Torino cit.

[5] Consulta Laurent, III, 194 e la Legge, loc. cit.

Resta a notare, non essere necessario che le sevizie, le minacce e le ingiurie gravi siano abituali; può al contrario essere riconosciuta causa sufficiente a dar luogo alla separazione una sola sevizia, una sola minaccia, una sola ingiuria; perocchè anche una sola di esse può rendere impossibile la convivenza coniugale; così per esempio, la taccia di adulterio scagliata dal marito contro la moglie può legittimare la dimanda di separazione promossa da lei; essendo tale taccia il più intollerabile oltraggio che le possa venir fatto da suo marito.[1]

Anche l'ingiuria deve essere commessa dopo la celebrazione del matrimonio; non potendosi neppure dare ingiuria fra i coniugi in tale qualità, prima che siano stretti dal vincolo nuziale; quindi, per esempio, il marito non potrà dimandare la separazione contro sua moglie, perchè tacque a lui di essere iscritta nei registri della prostituzione, o di essere incinta da altro uomo.[2]

---

[1] Laurent, III, 193.

[2] Riconosco che è una decisione assai grave; in quanto che reputo impossibile la convivenza de'coniugi dal momento che il marito scopre l'infamia del silenzio di sua moglie e l'inganno di cui è stato vittima. E forse per questa considerazione alcune Corti (Bordeaux, 22 mar. 1826, e Paris, 25 mag 1837; Dalloz, 2, Rép. v° Séparat. de corps, n. 61, 1° 2) e insigni giureconsulti (Demolombe, IV, 392; Dalloz, Op. e v° cit., n. 61) hanno preferito la decisione contraria. La quale però non mi sembra giuridica, appunto perchè l'ingiuria che può dar luogo alla separazione, deve importare violazione dei doveri coniugali; or questa violazione nel caso non v'ha da senno: la donna fe' copia di sè al pubblico, o concepì per opera di un uomo diverso dal suo futuro sposo, prima di esser moglie; ciò facendo adunque non mancò certo di fedeltà a quest'ultimo; perchè non era ancora tenuta a quest'obbligo giuridico. Il suo silenzio, la sua reticenza è un'infamia; ma anche questa si commise prima della celebrazione del matrimonio; perocchè prima che questa avesse luogo, avrebbe dovuto svelare al suo futuro sposo il disonore di cui si era coperta; è adunque un'infamia che non costituisce neppur essa un'ingiuria nel senso dell'articolo 150; un'ingiuria cioè che includa la violazione di un dovere coniugale. Nè in fine la continuazione del silenzio dopo la celebrazione del matrimonio può considerarsi come un'ingiuria commessa contro i doveri coniugali, non figurando fra questi lo svelare le proprie vergogne (Vedi in questo senso Laurent, III, 192).

242. La quinta causa della separazione è la condanna ad una pena criminale (art. 151); perocchè tale condanna, disonorando il coniuge contro il quale è pronunziata, rende all'altro, onorata persona, intollerabile il convivere con quello.

La condanna regolarmente deve essere pronunziata dopo la celebrazione del matrimonio; ma è indifferente che il crimine sia stato commesso prima o dopo; perocchè la legge ha riguardo alla condanna e non alla consumazione del crimine; ed a ragione, in quantochè sino alla condanna, ognuno si reputa innocente, e la condanna sola copre di disonore il reo.

Ma per eccezione la legge dà diritto all'un de' coniugi di domandare la separazione personale contro l'altro che sia stato condannato ad una pena criminale prima della celebrazione del matrimonio; quando egli abbia ignorato tale condanna. Mancando questa condizione, cioè ove egli sia stato consapevole di tale condanna, non può per tale causa dimandare la separazione; scientemente si unì con nodo indissolubile con persona infamata da condanna criminale, ci viva adunque in perpetuo (art. 151).

La pena inflitta dalla condanna deve essere criminale. Perciò non si può far luogo alla separazione personale per condanna ad una pena correzionale, quantunque incorsa per un crimine e mitigata per circostanze attenuanti. Ma non giova al coniuge condannato per respingere la dimanda di separazione, che la pena inflittagli dalla sentenza di condanna siasi commutata in pena correzionale dalla grazia sovrana; o che sia stata da lui scontata o che sia rimasta prescritta; perocchè rimane sempre la condanna ad una pena criminale. Al contrario non potrebbe farsi luogo alla separazione, se il coniuge condannato fosse stato amnistiato, o fosse stato riabilitato, non solo prima della domanda, ma anche prima della sentenza di separazione; perocchè l'amnistia e la riabilitazione fanno cessare la causa della separazione; cancellando l'una e l'altra la macchia d'infamia impressa dalla sentenza di condanna.[1]

---

[1] Consulta Duranton, II, 559; Vazeille, II, 557 e 559; Demolombe, IV, 396; Aubry e Rau, IV, § 491, pag. 156 e 157.

243. Da ultimo la separazione può farsi per solo consenso de' coniugi, ma deve essere omologata dal tribunale (art. 158). Senza questa omologazione la separazione non si ha per avvenuta.

Oltre queste sei cause non avvene altra per cui possa dimandarsi la separazione personale (art. 149). Così l'un de' coniugi non può dimandare la separazione personale per rovesci di fortuna che l'altro subisca, per infermità morali, come la demenza, il furore; per infermità fisiche, quantunque contagiose o schifose; per isventure di qualsiasi genere; per assenza o per allontanamento senza dar notizia di sè; ammenochè questo allontanamento costituisca abbandono.[1]

244. Le cause anzidette di separazione, addotte che siano nella relativa dimanda, possono provarsi con tutti i mezzi di prova ammessi dalla legge; quindi non solamente cogli scritti; ma eziandio coi testimoni e persino colle presunzioni.[2]

Fra gli scritti vanno noverate le lettere che l'un de' coniugi abbia diretto all' altro, sia confessandosi reo di uno de' fatti che dànno luogo alla separazione, sia minacciandolo o ingiuriandolo. Quanto alle lettere che il coniuge, contro il quale è dimandata la separazione personale, abbia scritto a terze persone, il coniuge attore non potrà produrle per prova, se non col loro consenso; essendo una loro proprietà; e quando siano confidenziali, è opinione comune e commendevolissima che non possa valersene neppure col consenso de' rispettivi destinatari; in quanto che ogni confidenza è un segreto, e lo svelare un segreto è un' azione immorale che dal santuario della giustizia deve esser respinta più che da ogni altro luogo. Molto meno potrà valersene il coniuge che con dolo o violenza siane venuto in possesso. Tuttavia, quando si tratti di adulterio, sembra che il coniuge attore possa produrre per

---

[1] Merlin, Rép. v° Séparation de corps, § I, n. 8, 10, ecc.; Duranton, II, 532, 533; Demolombe, IV, 400 e seg.; Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Consulta Merlin, Rép. v° Lettre; Aubry e Rau, IV, § 491, pag. 158; Laurent, III, 201-204.

prova del medesimo le lettere scritte o dall'altro coniuge o dal suo complice. [1]

Colle stesse regole deve decidersi la quistione, se possa il coniuge attore sottoporre ad esame le persone che hanno ricevuto le sopraddette lettere intorno al loro contenuto.

Quanto alla prova testimoniale, può farsi eziandio coll'esame de' parenti, affini e domestici dell' uno o dell'altro coniuge, salvo il diritto di proporre i motivi che possono renderne sospetta la deposizione (art. 236 e 237, Cod. di proc. civ.).

Finalmente per ciò che concerne le presùnzioni, esse debbono essere, giusta i principii generali, gravi, precise e concordanti (art. 1354).

Passando ora agli altri mezzi di prova, il giudice non è obbligato a ritenere pienamente provata la causa di separazione per confessione della parte, contro la quale è invocata; ma può tenerne conto e attingervi il suo pieno convincimento. [2]

Al certo poi l'un de'due coniugi non può deferire all'altro il giuramento decisorio; imperocchè questo include una transazione che non può avere per oggetto se non interessi pecuniari. Nè il giudice può deferire ad una delle parti il giuramento suppletorio, perocchè altrimenti la decisione della causa dipenderebbe dalla volontà o dalla coscienza di una delle parti. [3]

245. Il diritto di chiedere la separazione spetta ai coniugi, cioè tanto al marito quanto alla moglie (art. 149), e a niun altro; non ai loro creditori, non agli eredi del coniuge defunto contro il superstite; e molto meno a questo contro gli eredi del predefunto. Che anzi, secondo l'opinione prevalente, gli eredi non possono proseguire l'azione promossa dal loro autore contro il coniuge superstite e viceversa, quand' anche vi avesssero un interesse pecuniario; perciocchè l' applicazione

---

[1] Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Merlin, Questions de droit, v° Adultère, § 10; Proudhon, Traité des personnes, I, 502; Laurent, III, 206.

[3] Merlin, Rép. v° Serment, § 2, art. 2, n. 6; Laurent, III, 207.

dell' articolo 156 è dipendente dalla separazione legalmente pronunziata; ora non può farsi luogo a sentenza di separazione, quando il matrimonio sia sciolto per morte di uno de' coniugi; di guisa che in definitiva l' azione non mirerebbe più che a privare il coniuge superstite dei diritti concessigli dal contratto di matrimonio e dalla legge, degenerando per tal guisa in un' altra azione non riconosciuta punto dal nostro diritto (arg. art. 757).[1] Neanco il tutore e il protutore di un interdetto possono dimandare la separazione a nome del loro tutelato, quantunque il consiglio di famiglia o di tutela non solo l' autorizzi, ma lo solleciti a ciò fare.[2]

Quello de' coniugi, che per colpa imputatagli dall' altro è convenuto colla dimanda di separazione, può alla sua volta proporre dimanda riconvenzionale di separazione contro l' attore, per colpa di lui. Perciò, provata rispettivamente dall' uno la colpa dell' altro, la separazione sarà pronunziata per colpa d' entrambi; altrimenti per colpa dell' un de' due che sia provata.

---

[1] Massol, pag. 22, n. 4; Marcadé, art. 307, V; Toullier, I, 368; Demolombe, IV, 429-431; Aubry e Rau, IV, 461; Valette, Explication somm. du liv. I, du Cod. Napol., p. 150, 151; Laurent, III, 217; *contro* Delvincourt, I, 190; Duranton, II, 580; Vazeille, II, 585.

[2] Nella prima edizione accettai senza esitanza la decisione contraria insegnata unanimemente dai più insigni interpreti del Codice Napoleonico (Demolombe, IV, 428; Aubry e Rau, loc. cit.; Massol, p. 26, n. 5; Massè e Vergè, I, 253, 254). Per verità, sin d'allora mi sembrò poco giuridica; essendo strettamente ed essenzialmente personale l' azione di separazione; ma oltre l' autorità di quegl' insigni giureconsulti mi mosse questa considerazione: cioè che era cosa dura, inumana, indegna, che, per esempio, una moglie di un interdetto potesse abbandonarsi alla prostituzione, sotto l' egida dell' impunità assicuratale dalla infermità mentale del marito. Oggi riconosco che tale considerazione potrà farsi dall' interprete per censurare la legge, ma non per creare una disposizione legislativa; imperocchè veramente la decisione che seguii non si appoggia a veruna legge nè in modo diretto, nè per deduzione (Vedi in questo senso Arntz, Op. cit., I, 407; Laurent, III, 216, che cita Willequet, Du divorce, pag. 117, 3; e una sentenza della Corte di Cassazione del Belgio dell' 11 novembre 1869, pronunziata conformemente alle conclusioni del sig. Faider, avvocato generale: egli ne accerta essere notevolissime e le conclusioni e la sentenza).

Il procedimento da seguirsi per la separazione personale è stabilito dal Codice di procedura civile negli articoli 806-811.

246. Le eccezioni che possono opporsi alla dimanda di separazione sono quattro: la riconciliazione, la cosa giudicata, la prescrizione e la complicità.

La riconciliazione estingue il diritto di chiedere la separazione; perciocchè i fatti che possono dar luogo a questa, sono colpe dall' un de' coniugi commesse contro l' altro; il perdono adunque, cancellando le colpe, fa che vengano a cessare le cause stesse della separazione (art. 153). [1]

La riconciliazione può essere espressa o tacita, secondo che risulti da dichiarazione formale o da fatti. I fatti debbono essere posteriori alla conoscenza delle cause, o al patimento dei torti, che sono imputabili al coniuge, contro cui può essere dimandata la separazione; non essendo neppur concepibile il perdono di colpe non conosciute. Appartiene poi al tribunale di decidere, se i fatti addotti da quello de' coniugi che invoca la riconciliazione, la costituiscano o no; così, per esempio, esso può escludere la riconciliazione che venisse basata sul fatto della coabitazione de' coniugi per un tempo più o meno lungo; sul ritorno della moglie nell' abitazione coniugale, uscitane in maniera illegale, specialmente se causa del ritorno sia stata l' assistenza de' figli malati, del coniuge stesso; o sulla gravidanza della moglie, potendo esserne autore un uomo diverso dal marito. [2] Senza dubbio poi l' avere uno de' coniugi agito in via penale contro

---

[1] La riconciliazione, a rigore, non si applica che alle tre prime cause di separazione; riguardo alla quarta, cioè alla condanna ad una pena criminale, più che riconciliazione propriamente detta può esservi rinunzia al diritto di chiedere la separazione. Nel caso poi della vita girovaga o della residenza disdicevole del marito vi può essere una specie di acquiescenza, e infine nel caso del mutuo consenso la riconciliazione lo esclude affatto. In ogni modo le regole che andiamo a dichiarare sono in generale applicabili a tutte e sei le cause, tenuto debito conto delle naturali differenze.

[2] Duranton, II, 571-573; Marcadè, art. 307; Demolombe, IV, 411, 413; Aubry e Rau, IV, § 462, pag. 161; Laurent, III, 211.

l' altro reo di adulterio, [1] o in via civile per lo scioglimento della comunione, o l' aver la moglie dimandata la separazione della dote non costituisce regolarmente rinunzia all' azione di separazione personale. [2]

La riconciliazione può essere opposta alla dimanda di separazione, qualunque sia la causa sopra la quale questa venga fondata; [3] e in ogni stadio del giudizio ed anche in appello. [4]

Ma il giudice non può ricercare d' officio la riconciliazione. Ove però venga a conoscere che essa ha avuto luogo, deve rigettare la dimanda di separazione, benchè la riconciliazione medesima non sia dal convenuto opposta; perciocchè essa estingue per solo ministero di legge il diritto alla separazione; cosicchè la dimanda medesima viene a mancare assolutamente di causa e di base. [5]

La riconciliazione può aver luogo prima o dopo l'introduzione della dimanda di separazione; nel primo caso la rende inammissibile, nel secondo ne induce l' abbandono (art. 153).

È del resto indifferente che la riconciliazione sia durata lungo o brevissimo tempo, perchè il fatto della riconciliazione cancella per se solo i torti passati. [6]

La riconciliazione deve essere provata da quello de' coniugi che l' invoca. Può valersi a tale oggetto non solo degli scritti, ma eziandio dei testimoni e delle presunzioni. Sembra inoltre che per il favore che merita il mantenimento della vita comune de' coniugi, possa il convenuto valersi della confessione che

---

[1] Massol, p. 83, n. 12; Demolombe, IV, 417; *contro* Vazeille, II, 539.

[2] Toullier, II, 763; Duranton, II, 579; Vazeille, II, 583; Aubry e Rau, IV, § cit. 165; Massol, p. 81, n. 11; Demolombe, IV, 419.

[3] Duranton, II, 572 e 573; Demolombe, IV, 405; Aubry e Rau, IV, § cit. 162.

[4] Demolombe, IV, 421; Aubry e Rau, loc. cit. testo e nota 12.

[5] Consulta Demolombe, IV, 420.

[6] Demolombe, IV, 416; Aubry e Rau, loc. cit.

l'attore abbia fatto della riconciliazione avvenuta,[1] e possa anche deferirgli il giuramento.[2]

La riconciliazione avvenuta non impedisce a quello de' coniugi che perdonò le offese ricevute, di pronunziare novamente la dimanda di separazione per cause sopravvenute o identiche alle anteriori o diverse dalle medesime; perchè il perdono cancella le colpe passate, ma non toglie preventivamente alle future il loro carattere di reità.

In appoggio della nuova dimanda non possono certamente addursi i fatti anteriori alla riconciliazione, essendo stati da questa cancellati. Ma il tribunale deve senza meno aver riguardo ad essi, sia per valutare a dovere i nuovi, resi più gravi dai vecchi, sia per ammetterli più agevolmente.[3]

247. In secondo luogo forma eccezione alla dimanda di separazione la regiudicata formatasi sul rigetto di una dimanda anteriore. Giusta i principii generali di diritto però, la regiudicata osta alla nuova dimanda che sia basata sulle cause che furono addotte in appoggio della dimanda respinta dalla sentenza passata in regiudicata. Se al contrario la nuova dimanda venga fondata sopra cause nuove identiche o diverse dalle sopraddette, la regiudicata non osta certamente all'ammissione della nuova dimanda. Che anzi la regiudicata non è di ostacolo che il giudice tenga conto delle cause addotte nella prima domanda, se fu dichiarato; non mancare, ma essere insufficienti o non essere state provate pienamente.[4]

---

[1] Aubry e Rau, IV, § cit., pag. 163; Demolombe, IV, 420; *contro* Laurent, III, 210.

[2] Aubry e Rau, loc. cit. testo e nota 14; *contro* Demolombe e Laurent, loc. cit.

[3] Consulta C. C. Torino, 26 marzo 1868, B. XX, I, 305; C. Torino, 20 agosto 1870, L. XXI, 70; e C. C. Torino, 31 marzo 1871, L. XII, 283. Nel diritto francese le cause di separazione anteriori alla riconciliazione possono addursi con le nuove in appoggio della dimanda di separazione per formale disposizione dell'articolo 273 del Codice Napoleonico; la quale però manca nel nostro diritto.

[4] Consulta Merlin, Rép. v° Séparation de corps, § 2, n. 3; Duranton, II,

248. In terzo luogo la dimanda di separazione non è ammissibile, quando siano trascorsi trent'anni dalla consumazione del fatto che avrebbe potuto servire di base alla medesima; rimanendo estinta con la prescrizione trentennale anche quest'azione. Se i fatti siansi ripetuti, il trentennio incomincerà a decorrere dal compimento dell'ultimo fatto.[1]

249. In fine la dimanda di separazione non è ammissibile, quando l'attore, ne'congrui casi, sia stato complice de'fatti, sui quali intende di appoggiare la sua dimanda; come se, per esempio, il marito abbia prestato mano all'adulterio o alla prostituzione della moglie, o questa al reato commesso da suo marito e pel quale è stato condannato ad una pena criminale.[2]

Ma al contrario non è di ostacolo all'esercizio dell'azione di separazione, che entrambi i coniugi siano reciprocamente colpevoli di fatti da dar diritto all'uno di domandare la separazione contro l'altro; non dandosi compensazione fra le rispettive colpe (art. cit. cong. art. 156, capov. ult.).[3] Quindi, esempligrazia, la moglie, benchè rea di adulterio, potrà dimandare la separazione personale contro il marito concubinario e viceversa.

568; Vazeille, II, 578 e seg.; Demolombe, IV, 425; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 164.

[1] Nella prima edizione mi limitai a dedurre dal silenzio tenuto per trent'anni dal coniuge offeso la riconciliazione, e non ammisi con Massol e Demolombe che l'azione di separazione rimanesse prescritta col corso di trent'anni; avendo reputato applicabile alla ipotesi l'articolo 2119. Ma con più maturo esame mi sono convinto che la disposizione di questo articolo non è punto applicabile all'azione di separazione personale; perchè, da una parte valendomi delle parole degl'insigni professori di Strasburgo (IV, § 492, pag. 164 testo e nota 23), tale azione non può essere sperimentata che durante il matrimonio, e dall'altra parte il motivo principale sul quale si appoggia la sospensione della prescrizione fra i coniugi allo scopo di rimuovere ogni causa turbatrice della pace domestica, qui vien meno completamente (Consulta nello stesso senso Merlin, Quest. v° Adultère, § 9, n. 2; Laurent, III, 215).

[2] Vazeille, II, 584; Demolombe, IV, 415; Aubry e Rau, loc. cit.

[3] L'articolo 156 capov. ultimo esclude indubitatamente la compensazione fra le colpe commesse rispettivamente da entrambi i coniugi, dichiarando potersi far luogo alla separazione personale per colpa d'entrambi.

Del pari il marito, gravemente ingiuriato da sua moglie, potrà dimandare la separazione, benchè abbia commesso eccessi contro di lei.[1]

Per altro le colpe commesse dall'uno de' coniugi contro l'altro possono prendersi in considerazione dal tribunale per valutare a dovere quelle sulle quali viene fondata la dimanda di separazione; così, per esempio, un eccesso commesso dal marito contro sua moglie, può venire notevolmente attenuato dalle ingiurie scagliate da questa contro di lui; e le ingiurie della moglie possono venire scusate dai mali trattamenti del marito. Perciò in base a tale giudizio di fatto, può il tribunale sinanco respingere la dimanda di separazione. È però bene che si ricordi, essere delicatissima l'applicazione di questa regola, e doversi fare con la maggior riserva.[2]

250. Il tribunale, non appena promosso e pendente il giudizio di separazione, può dare i provvedimenti temporanei che ravvisi urgenti nell'interesse dei coniugi (art. 809, Cod. di proc. civ.). Quindi, esempligrazia, può autorizzare i coniugi a separarsi provvisoriamente; essendo ben difficile che, promosso e agitantesi il giudizio di separazione personale, i coniugi vivano in perfetta pace, e non nasca invece gravissimo pericolo di nuovi eccessi, sevizie, minacce ed ingiurie a carico del coniuge che già li patì, specialmente se esso sia la moglie. Nè a tale effetto è necessaria la prova preliminare della esistenza delle cause legittimatrici di una separazione definitiva: basta che vi sia un pericolo nella coabitazione de' coniugi.[3] Nell'autorizzare la separazione personale de' coniugi, il tribunale può assegnare alla moglie la residenza; in mancanza, essa medesima la fissa ove meglio le aggrada; semprechè scelga tal luogo, in cui il suo onore

---

[1] Merlin, Rép. v° Divorce, sect. IV, § 12; Demolombe, IV, 415 e 416; Vazeille, II, 584; Massé e Vergé, I, 253; Valette, Explication somm. du liv. I du Cod. Nap. pag. 143; Marcadé, art. 307, 4; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 165; Laurent, III, 213 e 214.

[2] Dot. cit., loc. cit.; Genova, 4 nov. 1868, B. XX, 2, 849.

[3] Torino, 12 maggio 1866, B. XVIII, 2, 211.

non corra rischio; chè altrimenti il marito potrebbe reclamare che la stabilisca in luogo onorato. Il tribunale può anche ordinare che la moglie rimanga nella casa coniugale, specialmente se propria, e che invece il marito vada ad abitare altrove. Il tribunale può del pari provvedere alla somministrazione degli alimenti da farsi dall' uno de' coniugi all' altro. Questi provvedimenti dati nel giudizio di primo grado, continuano ad aver effetto durante l' appello.[1]

Il tribunale medesimo può ancora dare quei provvedimenti temporanei che ravvisi urgenti nell'interesse della prole; come, per esempio, provvedere alla somministrazione degli alimenti, alla cura e al collocamento provvisorio della medesima (art. 809, Cod. di proc. civ.).

Ma finchè la separazione non venga pronunziata, la moglie non può chiedere la separazione della dote e lo scioglimento della comunione de' beni per tale causa (art. 1418 e 1441).

Nel pronunziare poi la sentenza di separazione, il tribunale deve dichiarare quale de' coniugi debba tenere presso di sè i figli e provvedere al loro mantenimento, alla loro educazione ed istruzione. Può ancora ordinare, per gravi motivi, che la prole sia collocata in un istituto di educazione o presso terza persona. Ma qualunque sia la persona a cui i figli siano affidati, il padre e la madre conservano il diritto di vigilare la loro educazione (art. 155).

Nel caso che la separazione abbia luogo di comune accordo, debbono i coniugi stabilire le condizioni della separazione rispetto ad essi e alla prole. In mancanza, provvederà il tribunale sul-l' istanza degl' interessati (art. 811, Cod. di proc. civ.).

I provvedimenti, ordinati dal tribunale o presi dai coniugi, possono sempre sull' istanza di una delle parti essere revocati o modificati dal tribunale, secondo le circostanze (art. 810 e 811, Cod. di proc. civ.).

251. La separazione personale produce effetti riguardo ai coniugi, alla loro prole e ai loro beni.

---

[1] C. C. Torino, 5 gennaio 1867, B. XIX, 1, 12.

Riguardo ai coniugi, la separazione li scioglie dall' obbligo della coabitazione, e li libera da tutte le conseguenze giuridiche che ne derivano. Quindi la donna maritata può, dopo la separazione, fissare la sua residenza e il suo domicilio ovunque le aggrada, ed anche in paese estero; nè il tribunale che dichiara la separazione può assegnarle il domicilio o la residenza.[1] Quando però le siano affidati i figli, non le è lecito di scegliere tale residenza da rendere difficile e quasi impossibile al marito di vegliare sulla educazione de' medesimi, siccome ne ha diritto: altrimenti facendo, dà diritto al marito di reclamare e invocare dal tribunale la rivocazione o la modificazione del provvedimento, col quale furono ad essa affidati i figli. È però necessario che essa abbia scelta quella residenza abusivamente, ossia nell' intendimento di sottrarre l' educazione de' figli alla vigilanza del loro padre.[2]

La separazione scioglie pure i coniugi dall' obbligo civile di prestarsi assistenza.

Al contrario la separazione personale non iscioglie la moglie dal dovere di fedeltà, sicchè il marito può agire contro di lei per adulterio; e appunto da ciò deriva che il figlio nato da lei, durante la separazione, reputasi avere per padre il marito di lei, salva l' azione di denegata paternità (art. 163). Quanto al marito, non esistendo più, dopo la separazione, casa coniugale, può impunemente tenere presso di sè una concubina (art. 483, Cod. pen.).

Del pari la separazione non estingue l' obbligo degli alimenti; dimodochè anco il coniuge, per cui colpa quella ha avuto luogo, conserva il diritto ai medesimi, quando si trovi in bisogno (art. 157).[3]

---

[1] Laurent, III, 345.

[2] Consulta Aubry e Rau, IV, § 494, pag. 173; Demolombe, IV, 498 e 499; Laurent, III, 345.

[3] Si noti che la moglie, prima della separazione, ha puramente e semplicemente diritto che dal marito siale somministrato tutto ciò che l'è necessario per i bisogni della vita; dopo la separazione non ha diritto agli alimenti, se non sotto la condizione del bisogno.

252. Quanto ai figli dei coniugi che si separano, già si disse che il tribunale, nel pronunziare la separazione, deve dichiarare quale di essi debba tenere presso di sè i figli e provvedere al loro mantenimento, alla loro educazione ed istruzione; e che può anche, per gravi motivi, ordinare che la prole sia collocata in un istituto di educazione o presso terza persona (art. 154).[1]

253. Da ultimo, quanto ai beni, la separazione, oltre gli effetti risguardanti la dote (art. 1418, capov. ult. e art. 1423 e 1424), la comunione de' beni (art. 1441) e la successione (art. 757), priva il coniuge per colpa del quale fu pronunziata, dei lucri dotali, e di tutti gli utili che l'altro coniuge gli avesse concesso col contratto di matrimonio (art. 156). Lo priva eziandio dell'usufrutto legale che godesse sui beni dei figli, quando anche il tribunale dichiari dover esso tenere presso di sè i figli e provvedere al loro mantenimento, alla loro educazione ed istruzione, essendo generale ed assoluta la disposizione di legge.[2] Tale usufrutto però passa all'altro coniuge, ove possa goderne (art. 231).

Al contrario non lo priva dei diritti e degli utili concessigli dagli estranei, dai parenti e dagli stessi genitori del suo coniuge, sebbene la concessione gli sia stata fatta in riguardo del matrimonio; continuando questo pur sempre a sussistere.[3]

---

[1] Vedi sopra n. 250.

[2] Parmi incontestabile tale decisione, sebbene non vegga ragione per giustificarla. Nel caso che il genitore, che godeva dell'usufrutto e che diede causa alla separazione, non possa pretendere di tenere presso di sè i figli e di provvedere alla loro educazione ed istruzione, trovo giustificabilissima la perdita dell'usufrutto in cui incorre; perocchè privato di quest'officio, giusto è che sia privato dei mezzi di adempirlo; i quali mezzi sono appunto l'usufrutto, in quanto è gravato di tali pesi. Ma nel caso in cui il genitore, che ha dato causa alla separazione, sia autorizzato a tenere i figli presso di sè, a provvedere al loro mantenimento e alla loro educazione ed istruzione, perchè non lasciargli in mano i mezzi somministrati dall'usufrutto? Forse il Legislatore ha considerato che nella gran generalità dei casi i figli saranno affidati al coniuge innocente.

[3] Demolombe, IV, 529.

Il coniuge innocente però, quello cioè a cui favore fu pronunziata la separazione, conserva il diritto ai lucri e ad ogni altro utile dipendente dal contratto di matrimonio, sebbene siano stati stipulati con reciprocità (art. 156, capov.).

Se poi la sentenza di separazione è pronunziata per colpa di ambedue i coniugi, ciascuno di essi incorre nella perdita sopra accennata; in specie l'usufrutto legale sui beni dei figli si estingue a vantaggio di questi (art. 156, capov. ult.).

254. I coniugi possono di comune accordo far cessare gli effetti della separazione personale, quando loro aggrada; imperocchè la sentenza di separazione non li condanna a vivere eternamente separati (art. 157).

Essi possono ciò conseguire o con un'espressa dichiarazione, o col fatto della coabitazione (art. 157).

La dichiarazione può esser fatta da essi contestualmente o successivamente; in questo secondo caso però, la dichiarazione prima non diviene definitivamente obbligatoria per il coniuge che l'ha fatta, se non dal momento che dall'altro sia stata accettata, e siasi per tal guisa formato il comune accordo; finchè perciò la dichiarazione prima non sia stata accettata, può essere rivocata.[1]

La dichiarazione non è soggetta ad alcuna formalità; niuna prescrivendone la legge, per rendere semprepiù agevole la riunione de'coniugi col lasciar loro pienissima libertà anche relativamente a questo.

Quanto al fatto della coabitazione, è necessario che entrambi i coniugi lo compiano nell'intendimento di ristabilire la loro convivenza. Se il fatto della coabitazione importi o no in realtà ristabilimento della convivenza coniugale, deve decidersi dal tribunale giusta il proprio giudizio. Quindi, per esempio, potrà decidere non essere cessati gli effetti della separazione per il solo fatto che la moglie separata siasi recata ad assistere il marito malato, o a visitare ed assistere i figli dimoranti con lui.

---

[1] Vedi Demolombe, IV, pag. 533.

Che anzi se i coniugi senza apparente motivo si riuniscano, e tantosto si riseparino, potrà essere escluso il ristabilimento della convivenza; in quanto che l'uno de' coniugi potrà eccepire contro l'altro che invochi la pretesa riunione, essersi avuto il progetto della riunione, essersene fatto un tentativo, fallito però per la esistenza de' motivi medesimi che provocarono la separazione.

Non ostante la formola limitativa dell'articolo 157, è da ritenere ristabilita l'unione coniugale, se i coniugi si fanno frequenti ed assidue visite, le quali non possano attribuirsi ad altri motivi (come la vigilanza e la vista dei figli, l'assistenza al coniuge se caduto malato o colpito da gravi sventure), soprattutto se fossero seguite dalla nascita di uno o più figli non disconosciuti dal padre: ciò esigendo la dignità del matrimonio e la pubblica moralità, che rimarrebbero offese dall'idea, che il marito vada a voluttà da sua moglie, quasi concubina. Solamente tra il fatto della coabitazione e codeste visite passa la differenza, che il primo fa cessare in modo assoluto la separazione, le seconde in quanto risulta la volontà della riconciliazione. [1]

O l'uno o l'altro sia il modo, con cui i coniugi fanno cessare la separazione, non è necessario l'intervento dell'autorità giudiziaria (art. 157).

La riunione de' coniugi non può aver luogo, come si diceva, che di loro comune accordo. E invano l'un coniuge, che provocò la separazione per colpa dell'altro, può pretendere di rinunziare alla sentenza che la dichiarò, e costringer l'altro contro voglia a ristabilire la riunione; [2] e meno ancora questi potrebbero costringervi quello pel pretesto che la causa di separazione più non sussiste, come se avesse desistito dagli adulterî o fosse stato riabilitato; perciocchè da una parte l'altro coniuge

---

[1] Consulta Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 181; Demolombe, IV, 537 e seg.

[2] Aubry e Rau, IV, § cit. 182; Marcadè, art. 311, V; Massol, p. 350, 3; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 415; Demante, II, 34 bis, II; Valette, Explic. somm. du liv. I du Cod. Nap., p. 152; Demolombe, IV, 532.

ha un diritto quesito alla separazione, dall'altra la riabilitazione non giova al condannato che per l'avvenire.[1] Altrimenti sarebbe, se in seguito della revisione del processo si fosse pronunziata una seconda sentenza, che dichiara il condannato non meritevole di una pena criminale; perciocchè questa sentenza distrugge virtualmente tutti gli effetti della prima.[2]

255. Cessata la separazione, ne cessano ancora tutti gli effetti (art. 157). Quindi rinascono i doveri coniugali della coabitazione e dell'assistenza; la moglie è tenuta a seguire il marito dovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza; e ricupera il domicilio legale di lui. Cessano del pari i provvedimenti ordinati dal tribunale in ordine alla prole; sulla quale perciò il padre o la madre, ne' relativi casi, ricupera l'esercizio della patria potestà, anche in riguardo all'educazione ed istruzione della medesima; così ancora i coniugi ricuperano i diritti perduti ai lucri dotali, agli utili, alla successione ecc.; i figli ritornano coi loro genitori; la dote è restituita al marito, ma la comunione dei beni deve essere ristabilita (art. 1443).

256. I coniugi riuniti conservano il diritto di domandare novamente la separazione per cause che sopravvenissero della stessa o diversa natura delle prime.[3]

Nel nuovo giudizio possono far valere le cause anteriori, nel senso e nella misura superiormente indicati.[4]

---

[1] Vazeille, I, 558; Demolombe, IV, 538; Aubry e Rau, IV, § cit. 182.
[2] Vazeille, I, 557; Demolombe, Aubry e Rau, loc. cit.
[3] Demolombe, IV, 548; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 183; Laurent, III, 358.
[4] Vedi sopra n. 246; Laurent, III, 358.

TITOLO VI.

Della Filiazione

SOMMARIO

257. Transizione alla filiazione. Sue specie; naturale e civile. Suddistinzione della prima in legittima ed illegittima.

257. Tra i fini del matrimonio havvi quello della procreazione della prole. Al nascer di questa si forma nella famiglia il vincolo di parentela fra la prole medesima e suo padre e sua madre. Questo vincolo chiamasi paternità o maternità, quando viene riguardato nel padre o nella madre del figlio; e filiazione, considerato che sia nel figlio.

La filiazione (e ciò che dicesi della filiazione, vale per la paternità e maternità), può essere legittima o illegittima. A rigore non è legittima che la filiazione della prole concepita dai genitori durante il matrimonio;[1] ma per benefizio della legge si ritiene legittima anche quella generata da essi prima del matrimonio, e nata durante questo. È poi illegittima la filiazione della prole concepita e nata fuori del matrimonio.

Analogo vincolo può essere formato col mezzo dell'adozione.

Rinviando al titolo seguente l'adozione, tratteremo in questo,

1° Della filiazione legittima, o della prole concepita o nata durante il matrimonio;

2° Della filiazione illegittima, o della prole concepita e nata fuori del matrimonio.

---

[1] Suppongo che il matrimonio sia valido o almeno putativo.

CAPO I

DELLA FILIAZIONE LEGITTIMA
O DELLA PROLE CONCEPITA O NATA DURANTE IL MATRIMONIO

SOMMARIO

258. Donde può derivare la filiazione legittima. Ricerche che sarebbero a farsi per istabilire la legittimità della prole; tempo del concepimento, matrimonio della madre in tal tempo; paternità del marito. Osservazione generale sulla possibilità o meno di tali ricerche. Prova diretta del secondo punto. Prova indiretta o presuntiva intorno al primo e al terzo punto.
259. Seguito. Presunzione intorno al concepimento della prole, basata sulla durata massima (300 giorni) e minima (180 giorni) della gestazione. Che cosa si richiegga per l'ammissibilità di tale presunzione. Computo del tempo relativamente alla durata della gestazione. Carattere di questa presunzione: essa è assoluta; conseguenze.
260. Seguito. Il figlio che nasca fuori del tempo della durata massima e minima della gestazione, è legittimo o illegittimo?
261. Seguito. Presunzione della paternità. Suo fondamento. Suo carattere: è semplice. Mezzo per distruggerla; azione di disconoscimento della paternità, o di denegata paternità, che appartiene all'ordine delle azioni di stato.
262. Prenozioni intorno alle azioni di stato. Loro applicazione allo stato di filiazione.
263. Dell'azione di denegata paternità. Doppia ipotesi in cui serve a distruggere la presunzione di paternità; ipotesi del figlio concepito, e ipotesi del figlio nato durante il matrimonio. Importanza di tener distinte le due ipotesi, per determinare la sua ammissibilità per eccezione o per regola.
264. In quali casi eccezionalmente sia ammessa l'azione di denegata paternità. Primo caso; impossibilità fisica della coabitazione de'coniugi a senso dell'articolo 162. In qual tempo debba avverarsi tale impossibilità. Da quale causa debba o possa dipendere la fisica impossibilità della coabitazione: allontanamento, altro accidente. Si spiegano l'uno e l'altro. Possono concorrere insieme a completare quel tempo? Chi debba provare la fisica impossibilità della coabitazione. Può esser fatta la controprova?
265. Seguito. Secondo caso, in cui è ammessa eccezionalmente l'azione di denegata paternità: legale separazione de' coniugi. In qual tempo debba verificarsi questa separazione. *Quid juris*, se la donna sia stata autorizzata a separarsi provvisoriamente dal marito? *Quid*, se abbia avuto luogo una separazione di fatto? Nonostante la separazione personale, è ammissibile l'anzidetta azione, quando i coniugi siansi temporaneamente riuniti?
266. Seguito. Terzo caso, in cui eccezionalmente può sperimentarsi l'azione di denegata paternità; impotenza manifesta del marito.
267. Seguito. Quarto caso in cui il marito è ammesso eccezionalmente all' esercizio dell'azione di denegata paternità; adulterio della moglie. Condizioni che debbono accompagnarlo; celamento della nascita, impossibilità morale della coabitazione. Prova e dell'adulterio e del celamento della nascita. Può equipararsi ad esso il celamento della gravidanza? Prova dell' impossibilità morale della coabitazione. In quale giudizio possa farsi tale prova?
268. Verificandosi alcuno de'sopraddetti casi, l'azione di denegata paternità è esercibile quando il figlio non sia nato vitale?
269. Transizione alla seconda ipotesi. L'azione di denegata paternità è ammessa per regola; è esclusa per eccezione. In quali e quanti casi è eccezionalmente esclusa.

270. A chi incomba la prova delle sopraddette eccezioni, e con quali mezzi possa farla. Respinta l'azione di denegata paternità col mezzo di qualunque delle sopraddette eccezioni, il marito della donna che ha partorito può pretendere di disconoscere la prole?
271. Quali persone possano sperimentare l'azione di denegata paternità. Il marito. Possono sperimentarla in sua vece i suoi creditori? Se egli sia interdetto, può sperimentarla il suo tutore? Dopo la morte sua, possono sperimentarla i suoi eredi. Per quali cause e sotto quali condizioni può da loro sperimentarsi tale azione? Compete ai medesimi collettivamente o individualmente? I creditori degli eredi possono sperimentare la medesima azione?
272. In qual tempo debba sperimentarsi dal marito o da' suoi eredi l'azione di denegata paternità. Modo di computare tal tempo. Sua sospensione.
273. Contro chi debba sperimentarsi l'azione di denegata paternità; contro il figlio. *Quid juris,* se questi sia minore o interdetto? *Quid,* se sia morto? Chiamata della madre nel giudizio del disconoscimento della paternità.
274. Degli effetti dell'azione di denegata paternità, ove sia ammessa. In rapporto a quali persone la sentenza che ha accolto quell'azione produca effetto.
275. Se e in qual senso il marito possa rinunziare alla sentenza che abbia ammesso l'azione di denegata paternità.
276. Dell'azione di contestazione di legittimità del figlio nato trecento giorni dopo sciolto o annullato il matrimonio. Che cosa si richiegga per la sua ammissione. Il tribunale può dichiarar mai la legittimità di tal figlio? Da chi ed entro qual tempo la medesima azione possa sperimentarsi.
277. Delle prove della filiazione legittima. Atto di nascita. Valore di questa prova in ordine alla filiazione della persona nominatavi. Se, quando e con quali mezzi questa debba provare la sua identità. Valore di detta prova in ordine alla maternità. Valore di detta prova in ordine alla paternità.
278. Seguito. Del possesso di stato. Quando sia ammesso, come mezzo di prova della filiazione. Quali fatti costituiscano il possesso di stato. È necessario il concorso di tutti? Con quali mezzi possano provarsi i fatti costitutivi del possesso di stato, e la sua continuità. Prova risultante dal possesso di stato in ordine alla filiazione; controprova. Necessità della prova del matrimonio de' pretesi genitori. Prova risultante dal possesso di stato in ordine alla identità del figlio che lo gode.
279. Transizione all'azione di reclamo di stato. Quando si faccia luogo o no all'esercizio della medesima.
280. A chi appartenga l'anzidetta azione; al figlio. Se e quando appartenga ai suoi eredi.
281. In qual tempo possa proporsi dal figlio, o da' suoi eredi. È soggetta o no a prescrizione? È valida la rinunzia, il compromesso o la transazione sulla medesima? *Quid* degl' interessi pecuniari dipendenti dallo stato? *Quid,* se la convenzione abbia per oggetto gli uni e l'altro?
282. Degli effetti della sentenza pronunziata sulla istanza di reclamo di stato.
283. Transizione all'azione di contestazione dello stato di filiazione legittima. Quando sia esercibile. A chi appartenga. È prescrivibile o no? Può rinunziarsi alla medesima, o compromettervisi? *Quid* degl' interessi pecuniari che ne sono dipendenti? Degli effetti della sentenza che accoglie tale azione.

258. La prole, come si diceva, non può essere legittima, se non sia stata concepita da due persone congiunte in matrimonio. [1] Per istabilire perciò la sua filiazione legittima

---

[1] Vedi il num. precedente.

(prescindendo dalla quistione sulla sua identità),[1] sarebbe necessario che provasse:

1° Il matrimonio dell'uomo e della donna, da cui pretende esser nato;

2° La sua filiazione materna e paterna; ossia, che è nato dalla donna che pretende per madre, e dal marito di questa;

3° Il tempo del suo concepimento.

Ma di queste cose può provarsi in modo diretto e pieno soltanto il matrimonio e la filiazione materna. Il tempo del concepimento non può fissarsi che per approssimazione. La filiazione paterna o la paternità poi è quasi un mistero impenetrabile alla scienza e alle investigazioni giudiziarie. Essa quindi non è suscettibile di essere provata in modo diretto; e non può invece farsi risultare che da una prova indiretta, cioè da una presunzione, deducendola da un fatto noto.

259. Pertanto, in ordine al tempo del concepimento, la legge presume concepito durante il matrimonio il figlio nato non prima di cento ottanta giorni dalla celebrazione, nè dopo trecento dallo scioglimento o annullamento del medesimo (articolo 160). Questa regola si fonda sulla opinione de' fisiologi, che fissano la più corta gestazione a centottanta giorni, e la più lunga a trecento giorni. Questa possibilità, che cioè in ambedue le ipotesi il figlio sia concepito durante il matrimonio, è stata convertita dalla legge in probabilità, in presunzione a favore del figlio. Applicando tale regola, il concepimento può considerarsi avvenuto, a scelta e secondo che esige l'interesse del figlio, in qualunque momento dei cento venti giorni decorsi dal trecentesimo al centottantesimo giorno dalla nascita.[2]

---

[1] Quando fosse in quistione anche l'identità del figlio, allora questi dovrebbe provare eziandio essere quel medesimo che fu partorito dalla donna che pretende per madre, e che è moglie del marito che pretende per padre.

[2] Si supponga che il matrimonio abbia avuto luogo il 1° di marzo, e il parto abbia luogo il 31 di agosto: la prole sarà legittima per quanto riguarda il tempo del concepimento; perchè dal 1° marzo al 1° di agosto sono trascorsi 184 giorni. Si supponga invece che il marito muoia il 1° di marzo e la moglie partorisca il 25 di decembre; la prole sotto il medesimo riguardo sarà legittima,

Ma perchè possa aver luogo la presunzione del concepimento, durante il matrimonio, di un figlio nato entro trecento giorni dopo lo scioglimento o l'annullamento del medesimo, conviene che la donna non abbia in questo intervallo antecedentemente partorito un altro figlio;[1] nè contratto un altro matrimonio; perciocchè nel primo caso il figlio sarebbe necessariamente illegittimo, non essendosi mai constatato che ad un concepimento ne sopravvenga un altro, specialmente a tempi così distanti, e nel secondo caso apparterrebbe al tribunale di decidere, se il figlio appartenga al primo o al secondo matrimonio; perciocchè stanno a fronte due presunzioni, a nessuna delle quali la legge dà preferenza.[2]

---

perchè nata entro 300 giorni dallo scioglimento del matrimonio. Al contrario se il matrimonio fu celebrato il 1° di marzo, e si sciolse per morte del marito il 10 dello stesso mese; e la moglie partorisca il 25 di agosto, la prole non sarà legittima; perchè è nata sì entro i 300 giorni dallo scioglimento del matrimonio, ma è nata prima de' 180 dalla celebrazione del medesimo.

[1] Si supponga che Caio muoia il 1° di settembre, la sua moglie Tizia partorisca il 3 di detto mese e una seconda volta il 27 giugno nell'anno seguente, cioè nel 300mo giorno dopo la morte del marito; di questo secondo parto non può ritenersi autore Caio.

[2] Delvincourt, I, 127; Proudhon e Valette, II, 49-51; Duranton, III, 63; Duvergier su Toullier, II, 66; Aubry e Rau, IV, § 545, pag. 583 testo e nota 66; *contro* Demolombe, V, 93 e 94, che pone per regola che il figlio deve riputarsi nato dal secondo marito. Si supponga, per esempio, che Caio muoia il 1° di settembre; che sua moglie Tizia si rimariti il 1° di ottobre del detto anno e partorisca il 27 giugno dell'anno susseguente, cioè nel 300mo giorno dopo la morte del marito e 270 giorni dopo la celebrazione del secondo matrimonio. Oppure si supponga che Caio sia morto il 1° di settembre; e la moglie partorisca il 28 febbraio, cioè 171 giorni dopo la morte del marito, e 141 dopo la celebrazione del secondo matrimonio. In ambedue le ipotesi il figlio nato potrebbe ritenersi figlio del primo letto, perchè nato entro i 300 giorni dallo scioglimento del matrimonio, potrebbe invece ritenersi figlio del secondo letto perchè nato durante il secondo matrimonio. Il tribunale, esaminati i fatti e le loro circostanze, giudicherà probabilmente essere nella prima ipotesi padre del figlio il secondo marito e nella seconda ipotesi il primo marito. Perciocchè nel primo caso il parto ordinario è di nove mesi e a capo di nove mesi del secondo matrimonio sarebbe avvenuto il parto; specialmente poi se il primo marito abbia avuto una

Il computo del tempo si fa di giorno in giorno e non di ora in ora (art. 2133 e 2134); quindi il giorno della celebrazione e dello scioglimento o dell'annullamento del matrimonio non si computa, conforme alla regola che *dies a quo non computatur in termino,* [1] ma deve esservi compreso il dì nel quale spirarono i centottanta o i trecento giorni, per l'altra regola che *dies ad quem computatur in termino.* [2]

---

grave e lunga infermità che lo abbia potuto stornare affatto da amplessi coniugali; nel secondo caso conviene ritenerne padre il primo marito; perciocchè se il figlio non fosse suo, sarebbe o adulterino o non vitale. Nell'esame de'fatti non deve tenersi in molto conto il tempo della celebrazione del secondo matrimonio; perciocchè anche il figlio concepito prima e nato durante il matrimonio può aver per padre il secondo marito. Così se nella prima ipotesi il secondo matrimonio si fosse celebrato anche nella metà di giugno, cioè solo 12 giorni prima del parto, il figlio potrebbe aver per padre il secondo marito. Questa è la dottrina comune. Secondo alcuni dottori però deve lasciarsi al figlio la scelta di valersi dell'una o dell'altra presunzione, e di prescegliere per padre il marito defunto o il marito vivente di sua madre (Arntz, I, 527; Laurent, III, 388). Ma se è possibile colla guida de'fatti dar prevalenza all'una o all'altra presunzione, secondochè è più prossima alla verità, perchè lasciare al figlio la facoltà di scegliersi quella che n'è più lontana?

[1] Duranton, III, 44; Marcadé, art. 312, II; Duvergier su Toullier, II, 792, not. *a*; Demolombe, V, 18; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 430; Demante, Cours analy. II, 38 bis I; Massé e Vergé su Zachariae, I, § 161, pag. 294, not. 4; Aubry e Rau, IV, § 545, pag. 564; *contro* Valette, Explication Sommaire du Liv. prim. du Code Nap., pag. 164; Laurent, III, 390 e 391. Sembrava che l'opinione contraria alla comune tendesse a prevalere nella giurisprudenza francese, essendo stata abbracciata dal tribunale di Arras e dalle Corti di Poitiers e Angers (vedi il Journal du Pal. 58, 590; 65, 1034; 68, 213); e per verità è sostenuta da gravissime ragioni. Ma recentemente la Corte di Cassazione di Parigi e la Corte di Orléans, hanno forse assicurato il trionfo definitivo alla opinione comune (Consulta C. C. Paris, 8 feb. 1869, e Orléans, 3 giugno 1869, Journal du Palais 69, 518 e 838).

[2] Aubry e Rau, e gli altri Dot. cit. nella nota prec. Posto che il matrimonio siasi celebrato il 1° aprile 1866, la donna deve partorire al più presto il 28 settembre, e se sia stato sciolto o annullato lo stesso giorno 1 aprile, la donna deve partorire al più tardi il 26 gennaio dell'anno 1867. Nel 28 settembre 1866, e nel 26 gennaio 1867 deve aver luogo la nascita, perciocchè la legge dice figlio *nato*. Tuttavia nella ipotesi del parto serotino non potrebbe negarsi in modo assoluto ai giudici di considerare il giorno in cui sieno incominciate

La presunzione riguardante il tempo del concepimento è *juris et de jure,* cioè esclude in modo assoluto ogni prova contraria;[1] dimodochè avrebbe luogo nonostante che il figlio fosse stato riconosciuto o legittimato qual figlio naturale dalla madre sola o da un terzo, o da ambidue; perciocchè la presunzione della legittimità è stabilita a favore del figlio, e perciò non può essere distrutta per fatto della madre e molto meno di un terzo (arg. art. 165 capov.).[2]

260. Da quanto si è detto intorno a questa presunzione deriva che il figlio il quale nasca o prima de' centottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio, o dopo i trecento dallo scioglimento o dall' annullamento del medesimo, sia illegittimo; perciocchè in ambedue i casi resta esclusa la presunzione che sia stato concepito durante il matrimonio. Però, potendo ben essere padre del figlio quegli che dopo il concepimento ne sposò la madre, così la legge ritiene legittimo anche tal figlio; salvochè il suo concepimento non sia stato adulterino, come se il padre che lo generò fosse stato vincolato nel tempo del concepimento da un prece-

---

le doglie del parto, che annunziano la maturità del feto, acciò il travaglio del parto che qualche volta suole prolungarsi di molte ore ed anche di qualche giorno, non abbia a nuocere alla legittimità della prole. Il giudizio sarebbe di fatto, e non contrario al diritto, potendo ben dirsi che la legge considerando la nascita si è tenuta al caso ordinario, che esso abbia luogo poche ore dopo le prime doglie, o almeno entro il medesimo giorno. Con tal criterio di fatto potrà ancora evitarsi la decisione, al certo poco soddisfacente, che dichiari illegittimo un figlio, il cui parto incominci dopo le undici della sera, e si compia pochi istanti dopo la mezzanotte. Appartiene al giudice di esaminare maturamente il fatto, perchè il diritto vi sia adattato con ragione e senza arbitrio. Quanto al parto prematuro, deve considerarsi sempre il momento in cui il parto ha luogo; ciò esigendo il favore della legittimità della prole. Non si dica che io incorra in una contradizione; perocchè è comune in diritto la massima, che la *res incepta* si può avere per completa, quando trattasi di favorire la persona cui riguarda.

[1] Consulta Laurent, III, 361.

[2] Aubry e Rau, IV, § 545, pag. 574 testo e nota 37; *contro* Demolombe, che opina dover prevalere alla presunzione della legge il fatto della madre, o del terzo o di ambedue, che col riconoscimento o colla legittimazione attestano non appartenere il figlio al precedente marito.

dente matrimonio.[1] La sua legittimità per altro non rimonta al tempo del concepimento, ma a quello della celebrazione del matrimonio, non potendo neppure immaginarsi un figlio legittimo prima che venga in essere la causa della legittimità.[2] E non essendo impossibile che un parto si protragga oltre trecento giorni, così la legge non dichiara illegittimo in modo assoluto il figlio nato trecento giorni dopo lo scioglimento o l'annullamento del matrimonio, e lascia invece alle persone interessate la facoltà di contestare la legittimità che quel figlio possedesse, o a cui pretendesse.[3]

261. Quanto alla filiazione paterna, o alla paternità, altro elemento costitutivo della legittimità della prole, la legge ritiene padre del figlio concepito durante il matrimonio il marito di sua madre: *Pater est is quem nuptiae demonstrant* (art. 159).[4]

Questa presunzione ha per fondamento la filiazione materna, che è un fatto certo;[5] ed ha per nesso logico-giuridico la massima di pubblica moralità, che ciascuno reputasi osservante dei propri doveri; e perciò la moglie fedele a suo marito.

Essa però, a differenza della precedente, riguardante il tempo del concepimento, non è assoluta ma semplice. Il mezzo per distruggerla è l'azione di disconoscimento della paternità, o di denegata paternità, che appartiene all'ordine delle azioni di stato.

262. Si chiamano azioni di stato quelle, con le quali una persona o reclama uno stato che non possiede e che pretende appartenergli, o contesta lo stato che altri possiede e che pretende

---

[1] Consulta lo studio legale del signor Paolo Collet, sullo stato del figlio nato prima del centottantesimo giorno dal matrimonio (Revue critique de Légis. Janvier 1870, Gazz. dei Trib. di Napoli, XXII, 750).

[2] Ferve fra i Dottori vivissima disputa sullo stato di cotesto figlio, reputandolo alcuni legittimato per susseguente matrimonio in modo tacito e senza verun riconoscimento, altri legittimo; ma la prima opinione male si concilia con la legge, la quale concedendo l'azione di disconoscimento della paternità, ammette implicitamente che il figlio sia legittimo.

[3] Vedi appresso n. 276.

[4] Leg. 5, D. de in jus vocando, II, 4. Consulta Pierantoni, Dell'azione di disconoscimento della prole, Archivio Giuridico, VII fasc. 3 e seg.

[5] Semper certa est mater (Leg. 2 eod.).

non appartenergli. Le azioni di stato perciò si distinguono in *azioni di reclamo* e in *azioni di contestazione di stato.*

Anche in riguardo alla filiazione le azioni di stato sono di reclamo e di contestazione di filiazione. Questa seconda si distingue in azione di denegata paternità, di contestazione di legittimità, e di contestazione di stato di figlio legittimo. Con la prima si contesta che un figlio concepito o nato durante il matrimonio abbia per padre il marito di sua madre; con la seconda si contesta la legittimità di un figlio nato trecento giorni dopo lo scioglimento o l'annullamento del matrimonio; con la terza si contesta che lo stato di figlio legittimo appartenga a quello che lo possiede.

263. Incominciando dall'azione di denegata paternità, essa, come si diceva, serve a distruggere la presunzione della paternità. Serve a tale officio nella doppia ipotesi che il figlio sia concepito o solamente nato durante il matrimonio.

Per determinare i casi, ne' quali è ammessa l'azione di denegata paternità, è necessario distinguere l'una dall'altra ipotesi. Perciocchè nella prima l'azione è esclusa per regola ed ammessa per eccezione e per cause determinate; nella seconda invece è ammessa per regola ed esclusa per eccezione; in ragione inversa della natura della presunzione della paternità, che è regola nella prima ipotesi, eccezione nella seconda.

264. I casi, ne' quali è ammessa l'azione di denegata paternità contro un figlio concepito durante il matrimonio, sono quattro; cioè,

1º D'impossibilità fisica della coabitazione de' coniugi a senso dell'articolo 162;

2º Di legale separazione, secondo l'articolo 163;

3º D'impotenza manifesta del marito, giusta l'articolo 164;

4º Di adulterio della moglie, accompagnato da morale impossibilità che il marito abbia abitato con lei, e del celamento della nascita a norma dell'articolo 165. [1]

---

[1] Se una donna bianca, maritata ad un bianco, partorisse un mulatto potrebbe sperimentarsi l'azione di disconoscimento della paternità? La legge non

Pertanto in primo luogo il marito può ricusare di riconoscere il figlio concepito durante il matrimonio, col provare che nel tempo decorso dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio, egli era nella fisica impossibilità di coabitare colla moglie per causa di allontanamento o per effetto di altro accidente; perciocchè di fronte alla presunzione assoluta della durata massima o minima della gestazione resta necessariamente escluso il concepimento, come opera del marito.

Per allontanamento s'intende ogni separazione di tal natura da rendere impossibile, anche per un solo istante, la riunione de' due coniugi nel tempo in cui può avere avuto luogo il concepimento. Tale separazione di fatto, perciò, può risultare dalla distanza o dalla natura delle rispettive residenze, come se la moglie viva in Roma e il marito a Pechino; se l'uno e l'altro sieno rinchiusi in prigioni o in ospizi separati, benchè posti nella città stessa, o solamente l'un de' due sia rinchiuso. Rimane però sempre il giudizio di fatto, se cioè in realtà la distanza o la natura delle rispettive residenze sieno tali da rendere impossibile la riunione de' coniugi anche per pochi istanti; o se, non essendo tali, altre circostanze provate escludano l'avvenimento di tale riunione; così, per esempio, la distanza che separa Roma da Cagliari non è al certo sufficiente per se stessa ad escludere quella riunione; ma questa non meno certamente rimarrà esclusa dalla circostanza, che i coniugi non hanno mai abbandonato le

---

ha previsto questo caso. Innanzi tutto dimando, da due coniugi bianchi possono nascere mulatti o creoli? Se la risposta fosse affermativa, la decisione rimane necessariamente subordinata ai principii generali. In caso contrario, reputo che in base all'articolo 3 delle disposizioni preliminari, il marito possa impugnare la paternità del figlio partorito da sua moglie; perciocchè l'illegittimità di lui è, direi quasi, impressa sul colore della sua pelle, lo che val meglio almeno della quarta causa. Demante (II, 39 bis, VI) ammette tale decisione in senso dubitativo: *c'est là*, egli dice, *pourtant évidemment une lacune que les tribunaux se croiraient peut-être autorisés à combler;* Demolombe (V, 52) esige che la nascita sia stata celata al marito.

rispettive dimore o residenze, nel periodo durante il quale può avere avuto luogo il concepimento.[1]

Per accidente poi s'intende ogni fatto che, senza tener lontani i coniugi l'un dall'altro, ha reso fisicamente impossibile la loro congiunzione nel tempo in cui può aver avuto luogo il concepimento; tale può essere una malattia esterna o interna. Anche qui spetta al giudice il giudizio di fatto, secondo il suo prudente arbitrio.[2]

In ambedue i casi deve nel dubbio decidersi a favore della legittimità del figlio.

---

[1] Consulta Paris, 9 août 1813; 5 janv. 1815; Rouen, 5 mars 1828; Grenoble, 21 déc. 1830; C. C. Paris, 24 juill. 1844; Paris, 5 mars 1853; Algeri, 12 nov. 1866; Proudhon, II, 24; Duranton, III, 40 e 41; Taulier, I, 380; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 575; Mourlon, I, 429; Valette, Explic. somm.; Demolombe, V, 30; Marcadé, art. 312; Laurent, III, 364 e 365; Pierantoni, Op. cit. § 20 e seg.

[2] Una malattia, un'operazione alle parti genitali può aver reso fisicamente impossibile la visita coniugale per tutto il tempo a cui può riportarsi il concepimento; una malattia generale può per un certo tempo ridurre un uomo in tale prostrazione di forze morali e fisiche, o anche tenerlo in agonia per più giorni, che il solo supporre quella visita sarebbe insulto al suo miserando stato. Supponi, per esempio, che un marito lotti con la morte otto, cinque, tre giorni e finalmente soccomba, e la moglie partorisca dugentonovantanove giorni dopo la morte del marito. Diremo noi che la moglie abbia concepito da lui nella vigilia della sua morte, da lui agonizzante? Mai no (vedi Toullier, II, 810; Proudhon, II, 28; Massé e Vergé su Zachariae, I, 300; Demante, II, 39 bis, III; Valette, Explicat. somm. du liv. I du Cod. Nap. 169; Demolombe, V, 32; *contro* Laurent, III, 368; ma i suoi argomenti, posto ancora che avessero molto valore, non trovano pronta e spedita applicazione nel diritto patrio). Non faccia poi difficoltà nel nostro diritto che l'articolo 164 non ammetta l'azione di disconoscimento della paternità per impotenza, se non quando sia manifesta; perciocchè altro è l'impotenza, altro l'impossibilità fisica della congiunzione dipendente da malattia. In questa seconda ipotesi la questione dell'impotenza non cade in esame, anzi l'uomo si suppone abitualmente potente, ma ridotto in tali condizioni che della sua potenza abituale non siasi potuto valere. Laonde la prova non ha per oggetto che l'accidente o lo stato di malattia del marito. Al contrario nella prima ipotesi l'oggetto unico è l'impotenza. Ora questa impotenza può essere *latente*, cioè dipendente da frigidità o altra simile imperfezione, o *manifesta*, cioè dipendente da un vizio patente ed esteriore o da mutilazione degli organi genitali. Ma la prima è di esistenza incerta, di prova pressochè impossibile e sommamente scandalosa, onde a ragione è stata esclusa.

L'allontanamento o l'accidente possono concorrere insieme per completare il periodo, per il quale deve durare l'impossibilità fisica della coabitazione, come nel caso che il marito ritornasse da un viaggio colpito da malattia; [1] o come nel caso che il matrimonio siasi sciolto dopo incominciata da qualche tempo a verificarsi e durante la sua impossibilità fisica di coabitare con sua moglie. Nel primo caso possono congiungersi e computarsi i tempi della durata dell'allontanamento e della malattia; e nel secondo può al tempo trascorso dallo scioglimento del matrimonio al parto congiungersi il tempo precedente, per cui durò l'impossibilità fisica della coabitazione. [2]

L'attore deve provare l'impossibilità fisica della coabitazione. Da tal prova resta esclusa, senza più, la paternità del marito e conseguentemente la legittimità del figlio. Il convenuto non può vincere che dimostrando la possibilità fisica della coabitazione.

265. L'azione di denegata paternità può, in secondo luogo, sperimentarsi nel caso di legale separazione de'coniugi nell'intervallo dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita (art. 163). [3] Imperocchè se da una parte continua a sussistere il matrimonio e il dovere di fedeltà, talchè non mancherebbe la base alla presunzione della paternità; dall'altra parte è rotta la vita comune fra i coniugi, che è la condizione di fatto essenziale per il concepimento di prole comune.

---

[1] Demolombe, V, 37.

[2] Si supponga che Caio sia partito pel Messico il 1º settembre 1865, lasciando in Roma sua moglie, e vi sia morto il 31 dicembre del medesimo anno; e che sua moglie abbia partorito in Roma il 30 giugno dell'anno successivo, cioè trecentotrè giorni dopo che incominciò l'impossibilità fisica della coabitazione e centottantuno dopo lo scioglimento del matrimonio. Stando a questo secondo termine il figlio sarebbe legittimo; ma aggiuntivi i centoventidue dell'impossibilità fisica della coabitazione durante il matrimonio, si hanno trecentotrè giorni, termine che eccede il presuntivo della massima gestazione.

[3] Appare chiaramente da questo articolo che il figlio si ritiene legittimo, finchè non venga disconosciuto.

Se il tribunale abbia autorizzato la donna a separarsi provvisoriamente, può congiungersi al tempo posteriore alla sentenza di separazione l'anteriore, per completare il suddetto intervallo di centoventi giorni, in cui deve aver avuto luogo il concepimento.

Al contrario la semplice separazione di fatto, per quanto lunga e costante, non basta per se sola a dar luogo all'azione di denegata paternità (arg. *a contr.* art. 163).

Non ostante che però i coniugi siano legalmente separati; non compete al marito l'azione di denegata paternità, se fra esso e sua moglie siavi stata riunione anche soltanto temporanea (art. 163 capov.). Non è necessario che questa riunione importi il ristabilimento della coabitazione all'oggetto di far cessare la separazione. Basta una riunione di mero fatto; purchè sia tale da rendere almeno possibile, che la moglie per opera di suo marito abbia concepito la prole di cui si tratta. L'avvenuta riunione dovrà provarsi dal convenuto.

266. Può, in terzo luogo, esercitarsi l'azione di denegata paternità per impotenza manifesta del marito (art. 164). Non è punto necessario che l'impotenza sia anteriore al matrimonio: l'impotenza sopravvenuta nel primo de' centoventi giorni, a cui può riferirsi il concepimento, basta per dar luogo all'azione di denegata paternità.[1] Senza dubbio poi non potrà allegarsi dal marito la sua impotenza latente per sostegno dell'azione medesima.

267. La medesima azione di denegata paternità può, in quarto luogo, promuoversi dal marito per adulterio della moglie; ove siagli stata celata la nascita del figlio, e concorrano altri fatti tendenti ad escludere la paternità. Questi fatti costituiscono ciò che si chiama l'impossibilità morale della coabitazione nell'intervallo dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita (art. 165). L'adulterio della moglie fa sorgere il dubbio,

[1] Taccio che l'impotenza debba durare per tutti i centoventi giorni; perocchè l'impotenza manifesta è anche per natura sua perpetua.

che un uomo diverso da suo marito potrebbe essere il padre del figlio. Il celamento della nascita del figlio appalesa che la donna stessa dubita e forse è certa che il neonato non abbia per padre il marito. L'impossibilità morale della coabitazione finisce di escludere in modo completo la paternità del marito. Senza il concorso di queste tre condizioni, l'azione di denegata paternità non può sperimentarsi dal marito. In vero l'adulterio della moglie non esclude che padre del figlio partorito da lei sia suo marito.[1] L'occultamento della nascita favorisce, al certo, in sommo grado l'esclusione della paternità del marito, ma la moglie potrebbe esservi stata indotta dal timore degli eccessi gelosi di suo marito, ed anche dall'intento di farne padre l'amante per secondi fini, forse anche concertati col vile marito. Quando però vi si aggiunga l'impossibilità morale della congiunzione, sparisce necessariamente ogni incertezza.[2]

L'attore deve provare distintamente l'adulterio e il celamento della nascita e non può limitarsi a dedurre quello da questo.[3] Non è però obbligato di provare, che ignorava la nascita; perciocchè la sola scienza seguita dal silenzio non implica rinunzia al diritto di disconoscere il figlio. D'altra parte il vizio del celamento sta nella dissimulazione della moglie, nella cura e nei mezzi presi per ingannare il marito sul suo stato, e non nel successo di tali frodolenti maneggi.[4] Che anzi l'adulterio non può essere dedotto neppure dalla impossibilità fisica della coabitazione.[5]

---

[1] Vedi la Leg. 11, § 9, D. ad leg. Juliam de adult. XLVIII, 5.

[2] Delvincourt, I, p. 208; Duranton, III, 53 e 54; Taulier, II, 817 e 818; Marcadé, art. 313, I; Demolombe, V, 48; Aubry e Rau, IV, § 545, pag. 579 testo e nota 32; Laurent, III, 371 e seg.

[3] Duvergier su Toullier, II, 816; Duranton, III, 52; Proudhon e Valette, II, p. 30 e 33; Marcadé, art. 313, III; Demolombe, V, 40-46; Aubry e Rau, IV, § 545, pag. 577.

[4] Aubry e Rau, loc. cit.; Duranton, III, 50; Marcadé, art. 313, II; Demolombe, V, 41 e 48; Laurent, III, 372.

[5] Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, art. 313, III; Laurent, III, 375.

L'adulterio può essere provato con tutti i mezzi ed anche con le presunzioni, non escluse quelle derivanti dal fatto del celamento. A rigore dovrebbe provarsi che la moglie ha avuto relazioni adultere nel tempo decorso dal trecentesimo al centottantesimo giorno prima della nascita del figlio. Tuttavia non è vietato al giudice di desumere dalle relazioni adultere avute dalla donna maritata, poco prima o poco dopo tale intervallo, quasi una presunzione, che esse abbiano avuto luogo entro questo intervallo di tempo. [1]

Anche il celamento della nascita può risultare dai fatti, ed anche dalla circostanza che il figlio sia stato iscritto nei registri dello stato civile, come nato da padre sconosciuto. [2] Del resto trattasi di quistione di fatto, da decidersi dal giudice colla guida del suo prudente criterio. Il celamento della gravidanza può essere equiparato al celamento della nascita, quando dalle circostanze risulti che essa era coordinata al celamento della nascita, e questa invece ebbe luogo pubblicamente per causa indipendente dalla volontà della donna; tale sarebbe, per esempio, il caso che la moglie, dopo aver tenuta celata la gravidanza, si fosse trovata in impreveduta impossibilità di tener celata anche la nascita, per malattia che l'abbia colpita poco prima del parto, o per l'improvviso e repentino sopravvenire di questo, di notte tempo e in mezzo ai congiunti. [3]

---

[1] Marcadé, art. 313, II e seg.; Demolombe, V, 47; Valette su Proudhon, II, 32; *contro* Laurent, III, 371. Nel rigore de' principii, l'ho dichiarato, la decisione esatta è quella dell'esimio professore di Gand. Ma se si tenga conto delle circostanze e specialmente del celamento della nascita, e dei casi ordinari de' parti maturi; non potrà disconoscersi in modo assoluto al giudice di attingere qualche elemento dalle relazioni adultere anteriori o posteriori di poco ai centoventi giorni, per procacciarsi un pieno convincimento.

[2] Demolombe, V, 50; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 577.

[3] Aubry e Rau, IV, 577; Demante, I, 396 bis, VII; Demolombe, V, 48 in fine; *contro* Marcadé, art. 312, II; Laurent, III, 372. Presa co' temperamenti da me indicati, reputo che la decisione che ho seguito, non possa seriamente contraddirsi. In questo senso giudicarono e furono meno rigorose le Corti di Bologna (13 giugno 1868, B. XX, 2, 544) e di cassazione di Torino (31 luglio 1869, B. XXI, 1, 529).

Finalmente l'impossibilità morale del congiungimento coniugale può risultare dalla prova di molte e svariate circostanze; tali sono, per esempio, i continui e gravissimi dissapori coniugali, la separazione di fatto, accompagnata da sentimenti di acerba avversione, l'età avanzatissima del marito, i costumi dissoluti della moglie ed altri simili fatti. [1] La quistione, del resto, è essenzialmente di fatto, la cui soluzione perciò dipende esclusivamente dal giudizio del tribunale.

La prova delle anzidette tre condizioni è sì essenziale, che neppure la confessione della madre può tenerne le veci; la quale confessione, perciò, non basta mai ad escludere la paternità di suo marito (art. 165 capov.).

La prova dell'adulterio, dell'occultamento e dei fatti tendenti ad escludere la paternità del marito, può essere fatta in separato giudizio prima dell'esercizio dell'azione di denegata paternità, o nel giudizio in cui questa viene proposta (art. 165).

268. Ma quantunque si verifichi uno dei quattro casi sopraddetti per l'ammissione dell'azione di disconoscimento della paternità, tuttavia è opinione più comune che debba rigettarsi, quando il figlio non sia nato vitale; perciocchè in tal caso l'azione sarebbe senza interesse, e qualche volta la mancanza di vitalità fa almeno dubitare della durata della gestazione. [2]

269. Passando alla seconda ipotesi, cioè che il figlio sia soltanto nato durante il matrimonio, ripetiamo che in essa l'azione di denegata paternità appartiene al marito, per regola; perciocchè il figlio concepito prima del matrimonio non è favorito dalla presunzione della paternità, fondata sulla filiazione materna; inquantochè mancando il matrimonio, manca il nesso logico-giuridico, mediante cui dal fatto noto della filiazione materna possa dedursi il fatto ignoto della filiazione paterna. Perciò quegli che pro-

---

[1] Merlin, Rép. v° Légitimité, sect. II, § 2, n. 3 e 6; Demolombe, V, 51; Laurent, III, 373.

[2] Duranton, III, 34; Aubry e Rau, loc. cit.; Duvergier su Toullier, II, 822, nota *a*; Valette su Proudhon, II, nota *a*; Marcadé, art. 315, I; Demolombe, V, 39; *contro* Toullier e Proudhon, loc. cit.; Delvincourt, I, 84, nota 5.

muove tale azione non deve provare altro, che il figlio è stato concepito prima del matrimonio. [1]

Ma questa regola è soggetta a cinque eccezioni; cioè la paternità non può disconoscersi ne'casi seguenti:

1° Quando il marito fosse stato consapevole della gravidanza della moglie; perciocchè sposando la donna incinta si è riconosciuto tacitamente autore della gravidanza. Tale consapevolezza può essere provata eziandio col mezzo di testimoni e delle presunzioni, come quelle desunte dalle frequenti visite che il fidanzato faceva alla fidanzata (art. 1341-1349 e 1354); [2]

2° Quando consti dall'atto di nascita che il marito assistette a quell'atto o personalmente o per mezzo di altra persona, da lui specialmente autorizzata per atto pubblico (art. 161 2°). Per assistenza s'intende il concorso del marito alla formazione di tale atto; acciò possa risultarne che egli riconobbe per suo il figlio partorito da sua moglie; rinunziando al postutto all'azione di denegata paternità. Del resto nulla rileva che il marito abbia concorso alla formazione di tale atto, o come dichiarante, o come testimonio. Neppure rileva che nell'atto di nascita siasi enunciato il solo nome della madre, qual donna maritata o nubile (arg. art. 159) e taciuto quello del padre; ammenochè non siasi aggiunto, essere il figlio nato da padre incognito, o non siansi fatte proteste o riserve sulla paternità; perciocchè allora resta esclusa tanto la ricognizione della paternità, quanto la rinunzia al diritto di disconoscerla;

3° Quando il figlio sia dichiarato non vitale, sia o no sopravvissuto per più o meno tempo alla nascita (art. 162, 3°); tanto perchè manca l'interesse all'azione di denegata paternità, quanto perchè rimane incerto il tempo del concepimento. Ancora qui per decidere, se il neonato era o no vitale, è necessario di valersi dell'opera degli esperti. [3] Ma ancora qui si

---

[1] Merlin, Rép. v° Légitimité, sect. II, § 2, n. 4; Demolombe, V, 56; Laurent, III, 379.

[2] Merlin, Rép. v° Légitimité, sect. II, § 1, n. 6; Aubry e Rau, IV, 569, 570; Demolombe, V, 66 e 67; Duranton, III, 30; Valette su Proudhon, II, 20, nota a.

[3] Demolombe, VIII; Aubry e Rau, IV, 569 testo e nota 19.

presumono nel dubbio vitali quelli di cui consta che sono nati vivi (art. 724 in fine). [1]

L'azione di denegata paternità, oltre che nei tre suddetti casi formalmente considerati dalla legge, non può neppure sperimentarsi giusta i principii generali di diritto;

4° Quando il figlio sia nato morto, mancando ancor qui in modo assoluto l'interesse pel disconoscimento, ed anche quando sia nato vivo e vitale, ma sia morto, purchè vi manchi quell'interesse; [2]

5° Quando il marito abbia riconosciuto la sua paternità, o (che torna lo stesso) abbia rinunziato espressamente al diritto di disconoscere la sua paternità; perciocchè questo diritto è concesso al marito nel suo proprio interesse, sia morale, sia pecuniario, ma sempre privato. Tale rinunzia può esser fatta in qualunque forma, essendo ancora a questo riguardo applicabili i principii generali, in mancanza di disposizione speciale che determini la forma da osservarsi. La rinunzia può essere anche tacita. [3]

270. La prova delle eccezioni opposte all'azione di denegata paternità dovrà esser fatta da colui che le oppone, divenendo attore. Può questi servirsi a tale oggetto di tutti i mezzi ammessi dalla legge; e perciò anche dei testimoni e delle presunzioni. In specie il giudice può tener conto delle frequenti visite fatte dal fidanzato alla sua futura sposa, per dedurne la consapevolezza, che questi può aver avuto, della gravidanza di lei. [4]

---

[1] Merlin, Rép. v° Légitimité, sect. II, § 50, n. 6; Proudhon, II, 12; Demolombe, V, 72.

[2] Aubry e Rau, IV, 569 e 580; Massé e Vergé, I, 302; Valette, Explic. somm., pag. 174; Demolombe, 73 e 144.

[3] Toullier, II, 824; Marcadé, art. 314, II; Demolombe, V, 75; Aubry e Rau, IV, 569 testo e not. 17 e 18; Demante, II, 41 bis II; Mourlon, I, 887; Laurent, III, 384.

[4] Merlin, Rép. v° Légitimité, sect. II, § 4, n. 6; Proudhon e Valette, II, pag. 19 e seg. testo e nota *a*; Demolombe, V, 66 e 67; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 569-570; Laurent, III, 382.

Respinta l'azione di denegata paternità col mezzo di una delle sopraddette eccezioni, il marito non può essere ammesso a provare che, non ostante l'esistenza de' relativi casi eccezionali, egli non è il padre del figlio partorito da sua madre; quindi, per esempio, non può pretendere di essere ammesso a provare l'impossibilità fisica della coabitazione nel tempo a cui può riferirsi il concepimento; perciocchè le anzidette eccezioni hanno contro di lui un valore assoluto, indistruttibile. Può per altro impugnare la validità del riconoscimento espresso o tacito, che abbia fatto della sua paternità; dimostrando che il suo consenso fu invalido per errore, dolo o violenza. [1]

---

[1] Toullier, II, 823; Duranton, III, 28; Demante, II, 41 bis, IV; Demolombe, V, 80; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 570 testo e nota 23; Laurent, III, 381. Se il parto avvenga durante il matrimonio, ma prima de' centottanta giorni dai congiungimenti che ebbero gli amanti, poi coniugi, potrà il marito opporre di non aver avuto conoscenza della gravidanza in cui trovavasi la moglie nel tempo che la conobbe, e non poter egli esserne stato l'autore, per l'impossibilità fisica, in cui era, di avere rapporti con la donna fatta poi sua moglie? Demante (loc. cit.) risponde affermativamente; ma Demolombe (V, 80 bis) crede di non ammettere tale opinione, a motivo della disposizione assoluta della legge, che esclude l'azione di disconoscimento, quando il marito fosse consapevole della gravidanza della moglie *prima* del matrimonio. A questa interpretazione letterale l'illustre Giureconsulto aggiunge: *à un certain point de vue, cette fin de non-recevoir absolue peut aussi être justifiée par le désir que le Législateur a pu avoir de défendre ces distinctions et ces recherches dont la morale publique ne peut que gémir, de les défendre toutes les fois finalement que le mari a épousé sciemment une femme enceinte au moment du mariage.* Parmi che queste considerazioni di pubblica moralità non abbiano gran fatta luogo nell'ipotesi posta; perciocchè il marito non adduce che questi due fatti. « Io non ho potutó avere amplessi con la donna, che poi feci mia moglie, che il 1° settembre 1866, in cui ritornai da tale viaggio; essa ha partorito un figlio vivo e vitale il 31 gennaio dell'anno seguente, cioè 153 giorni dopo che io mi sono trovato nella possibilità fisica di avere rapporti con lei: dunque io non posso essere il padre del figlio che ha partorito. Ho avuto, è vero, conoscenza della gravidanza prima del matrimonio, ma di tale di cui io poteva credermi l'autore; la vera gravidanza, cioè quella, in cui già si trovava mia moglie, quando ebbi rapporti con lei, mi è stata ignota: insomma sono stato in errore, e l'errore esclude la conoscenza; provi mia moglie che io era consapevole che ella fosse incinta quando la conobbi ed allora subirò le conseguenze della mia viltà, di aver condotto in moglie una donna da altri

In senso inverso, il figlio che non abbia potuto respingere l'azione di denegata paternità per mancanza di eccezione, non può essere ammesso a provare, essere in realtà figlio del marito di sua madre. Tuttavia, se ne sia il caso, egli può coll'indagine della paternità provare la paternità del marito di sua madre, e assicurarsi per tal via lo stato di figlio legittimo. [1]

271. L'azione di denegata paternità appartiene, per regola, al solo marito della donna che partorì; sia perchè egli solo può sapere se la presunzione della legittimità sia o no in opposizione con la realtà delle cose, sia perchè egli è la vittima prima dell'oltraggio, e capo e rappresentante della famiglia e del suo patrimonio (art. 166 e 167). In vece sua non può essere sperimentata da'suoi creditori; nè manco dal donatario di lui, nel caso che il marito medesimo, nella qualità di donante, dimandi la revoca della donazione per sopravvenienza de' figli, dovendo all'interesse pecuniario del donatario prevalere l'interesse morale della famiglia, alla quale il suo capo, marito e padre, vuole risparmiare l'onta di un giudizio scandaloso. [2] Ove il marito sia interdetto, il tutore non potrà sperimentare l'azione di denegata paternità; imperocchè la cura che il tutore deve avere della persona interdetta si limita a invigilarla, a provvedere al suo mantenimento, e a prendere tutti i provvedimenti acconci ad addolcirne la sorte e ad affrettarne la guarigione; e la rappresentanza che deve tenerne, riguarda soprattutto l'amministrazione del patrimonio della medesima; mentre, al contrario, l'azione di denegata paternità appartiene all'ordine dei diritti fondati sopra interessi morali, che il tutore non ha il potere di esercitare. [3]

---

conosciuta e resa madre. » Quando la questione si tenga in questi stretti limiti, sembrami che debba decidersi nel senso di Demante, anzichè in quello di Demolombe.

[1] Laurent, III, 384.

[2] Marcadè, art. 317; I, Demolombe, V, 114 e 115.

[3] È noto esser questa una delle quistioni più controverse e più dubbie. Tuttavia dopo maturo esame, sembrami che i motivi addotti nel testo abbiano tanto valore da doversi preferire la soluzione negativa all'affermativa che seguii nella prima edizione (in questo senso Maleville, art. 316; Duranton, III, 68;

Dopo la morte del marito l'azione di denegata paternità può essere promossa o continuata dai suoi eredi, giusta la disposizione dell'articolo 167. L'azione però appresso di essi si basa non più sopra un interesse morale, ma sopra gl'interessi pecuniari successorî; perciò essi non potrebbero esperimentarla, se avessero rinunciato alla successione. Del resto è indifferente, che gli eredi siano legittimi o testamentari, e che, nei rispettivi casi, siano persone estranee o parenti, o la stessa vedova del defunto e madre rispettiva del figlio, contro cui l'azione suddetta viene diretta. [1]

Nel caso di assenza del marito, l'azione può essere sperimentata da quelli che erano suoi eredi presuntivi nel tempo della sparizione o delle ultime notizie. [2]

Gli eredi possono sperimentare l'azione suddetta in tutti i casi, non escluso quello dell'adulterio (contro il quale non si tratta di agire in via penale), accompagnato dal celamento della nascita e dagli altri fatti tendenti ad escludere la paternità. [3] E questa decisione è vera anche se la nascita abbia avuto luogo dopo la morte del marito e sia stata celata a' suoi eredi; [4] perciocchè non v'ha ragione per non far cessare anche in tali circostanze la presunzione di legittimità.

Ma perchè possano sperimentarla, è necessario che il loro autore non fosse decaduto nel tempo della sua morte; o non vi avesse rinunziato; in altri termini, è necessario che l'azione si trovi nella successione di lui. [5]

Proudhon, II, 43; Bedel, Traité de l'adultère, n. 79 e seg.; Dupret, Revue de droit français et étranger, an. 1844, I, 725; Aubry e Rau, IV, § 545 bis, pag. 584 testo e nota 5; Laurent, III, 436; in senso contrario Merlin, Rép. v° Légitimité, § 8, Quest. de droit; Massé e Vergé su Zachariae, I, 303, not. 43; Pont, Revue de droit français et étranger, an. 1844; Demante, II, 43 bis, II; Demolombe, V, 116-118.

[1] Demolombe, V, 134, 136 e 139; Laurent, III, 342.

[2] Aubry e Rau, IV, 585; Demolombe, VI, 283.

[3] Demante, II, 43 bis, IV; Marcadé, art. 317, 1; Valette, II, 56; Demolombe, V, 124, 129; Toullier, II, 841; Valette su Proudhon, II, 56, nota *a*.

[4] Aubry e Rau, IV, 586 testo e nota 12; Demolombe, V, 121.

[5] Demolombe, V, 123 e 131.

L'azione appartiene agli eredi individualmente; cosicchè la rinunzia fatta o la decadenza incorsa da alcuno di essi non nuoce agli altri. [1]

In luogo degli eredi, la medesima azione può essere sperimentata dai loro creditori; essendo fondata, come si diceva, sopra interessi pecuniari; e ne' congrui casi, dai loro tutori e dalla loro madre, che, investita della patria potestà, li rappresenti; sebbene figlio suo sia pur quello, contro il quale l'azione è rivolta. [2]

Niun' altra persona può sperimentare l'azione di denegata paternità; in specie non può promuoverla nè la madre del figlio che trattasi di disconoscere; eccetto che non lo possa nella qualità di erede di suo marito, come testè si notava; nè dal figlio medesimo. [3]

272. Il tempo, entro cui deve essere sperimentata l'azione di denegata paternità dal marito, è di due o tre mesi, secondo casi. La brevità di questo termine rimane giustificata da ciò; che il marito non può non essere spinto dal sentimento del suo dovere, di tutelare la sua famiglia e di riparare all' oltraggio ricevuto, a disconoscere immantinente il figlio partorito da sua moglie per opera d'altri. Perciò il suo silenzio e la sua inazione, prolungati per un certo tempo, si equiparano meritamente ad una confessione formale della sua paternità a favore del figlio medesimo.

Il marito deve promuovere l'azione di denegata paternità entro due mesi dalla nascita del figlio, quando si trovi nel luogo in cui questi è nato (art. 166, capov. 1°). È affatto indifferente che esso conviva con sua moglie o ne sia separato legalmente o di fatto. Ove per altro il marito, benchè si trovi in tal luogo, abbia ignorato la nascita del figlio, indipendentemente da frodolento celamento della medesima, i due mesi

---

[1] Demolombe, V, 136; Duranton, III, 71; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 586.

[2] Demolombe, V, 337; Marcadé, art. 317, I; Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Laurent, III, 442.

non incominceranno a decorrere che dal giorno in cui egli ne ebbe certa notizia.[1]

Deve promuoverla entro tre mesi dopo il suo ritorno nel luogo in cui è nato il figlio, od in cui è stabilito il domicilio coniugale, se ne era assente o lontano[2] (art. cit., capov. 2).[3] Se la lontananza sia stata tale da doversi concedere al marito il benefizio della dilazione, è quistione di fatto. In generale, basta quella che possa far presumere che il marito abbia potuto ignorare il parto.[4] L'avviso che egli ne avesse ricevuto non gli fa perdere il benefizio della dilazione.[5] Anche in questa ipotesi è necessario che il marito, entro i tre mesi, abbia avuto conoscenza della nascita del figlio. Ove l'abbia ignorata, i tre mesi incominceranno a decorrere dal giorno che ebbe notizia certa della nascita.[6]

---

[1] Questa decisione, siccome dichiarai nella prima edizione, non è conforme al testo della legge; perchè questa esige solamente che il marito si trovi nel luogo della nascita; e non ancora che di questa abbia avuto conoscenza. Tuttavia può sostenersi che sia conforme allo spirito della medesima; inquantochè equivalendo il silenzio del marito alla confessione della legittimità del figlio, la legge presuppone la conoscenza della nascita. Se adunque in fatto il marito non abbia avuto tale conoscenza, lo spirito della legge ne conforta ad ammettere a favor suo quella benigna decisione (consulta in questo senso Aubry e Rau, IV, § 545 bis, pag. 587, not. 18; Laurent, III, 446).

[2] Qui la voce assente non è presa nel senso tecnico adoperato dal Legislatore nel titolo III di questo libro, ma nel volgare di lontana.

[3] La legge indica formalmente i due luoghi della nascita del figlio che si tratta di disconoscere, e del domicilio coniugale. Sarà limitativa tale indicazione? Certo che no, quando manchi il domicilio coniugale per vivere i coniugi separati legalmente. In questa ipotesi, se la nascita del figlio non sia quivi avvenuta, nè quivi risieda la moglie, il marito può continuare ad ignorare quel fatto lungamente dopo il suo ritorno. Perciò reputo che in tale ipotesi i tre mesi non incomincino a decorrere che dopo il ritorno del marito nel luogo della residenza della moglie. Ma nel caso che v'abbia il domicilio coniugale, e tuttavia la residenza della moglie ne sia lontana, basterà che il marito sia ritornato in quel domicilio? Reputo che no, per le medesime ragioni.

[4] Toullier, II, 839; Laurent, III, 444.

[5] Demolombe, V, 140; Aubry e Rau, IV, § 545 bis, pag. 588, nota 15.

[6] Vedi sopra nota 3.

Finalmente il marito deve promuovere l'azione di denegata paternità entro tre mesi dopo scoperta la frode, quando gli fosse stata tenuta celata la nascita (art. cit., capov. 3). La frode è scoperta, allorchè il marito è venuto a conoscere in modo certo il parto di sua moglie: un semplice sospetto non basta.

Appartiene al marito, che promuove l'azione di denegata paternità, di provare che egli fu lontano o che gli fu tenuta celata la nascita, e che fe' ritorno o discoprì la frode da meno di tre mesi; imperocchè, per regola, il termine utile per sperimentare la suddetta azione incomincia a decorrere dal giorno della nascita del figlio da disconoscersi; è perciò necessario al marito attore di provare, trovarsi egli invece nella condizione di valersi delle eccezioni fatte a quella regola.[1] La prova può esser fatta da lui con tutti i mezzi ammessi dalla legge, non esclusi i testimoni e le presunzioni.

In verun caso l'azione di denegata paternità può essere sperimentata prima della nascita del figlio; imperocchè questi, finchè fa parte delle viscere materne, non è una persona; nè può ri-

[1] Duranton, III, 86; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 587; Demante, II, 43 bis, XV; Demolombe, V, 144; *contro* Laurent, III, 445. Questi insegna non esser tenuto il marito, che promuove l'azione, a provare che non sono scaduti i termini, entro i quali deve sperimentarla; non essere in specie tenuto a dar la prova della sua lontananza e del celamento della nascita, e del giorno del suo ritorno: secondo esso appartiene invece al convenuto, che oppone l'eccezione della prescrizione o della decadenza dell'azione per lo spirare del tempo, di provare che il termine utile per promuovere l'azione suddetta è scaduto, di provare cioè o che l'attore non fu assente, o che ritornò ne' sopraddetti luoghi da più di tre mesi, o che da più di tre mesi scoprì la frode. Egli, insegnando ciò, adotta la decisione della Corte di cassazione di Parigi, sezione de' ricorsi (14 feb. 1854, Sirey, 54, 1, 225). Ma era stato già notato che questa non aveva tenuto conto della considerazione che ho riferito nel testo, e che, secondo il mio avviso, costituisce una ragione decisiva della opinione che seguo. L'Arntz (I, 536) segue una via di mezzo: reputando dovere il marito provare il celamento della nascita, e il convenuto provare lo scoprimento della frode da oltre tre mesi; perchè con la prova del primo il marito dimostra trovarsi nel caso eccezionale; con la prova del secondo il convenuto respinge l'azione coll'eccezione della decadenza; ma parmi inscindibile la disposizione eccezionale della legge.

putarsi nato, trattandosi non de' suoi vantaggi, ma di suo gravissimo danno.[1]

I termini anzidetti sono fissati per l'esercizio dell'azione di denegata paternità. Ma ove il figlio manchi affatto di titolo e di possesso della legittimità, il marito di sua madre non potrà sperimentare contro di lui l'azione di denegata paternità, che mancherebbe di oggetto; non potendo mirare a distruggere la presunzione di una paternità che non sussiste. Egli allora dovrà attendere che il figlio reclami lo stato di figlio legittimo per contestarglielo.[2]

Gli eredi poi debbono sperimentare l'azione entro due mesi, computabili dal tempo in cui il figlio sia entrato nel possesso dei beni del defunto, o dal tempo in cui gli eredi fossero turbati dal figlio in tale possesso (art. 167). La disposizione di quest'articolo si applica ancora all'ipotesi che il figlio, nella qualità di legittimo, pretenda alla successione di qualche parente del marito di sua madre, la quale successione sia devoluta agli eredi di questo.[3]

La turbativa del possesso deve essere di diritto e non semplicemente di fatto. Essa può aver luogo per atto giudiziale possessorio e petitorio, o per atto stragiudiziale con cui il figlio intende di far valere le sue pretese ragioni contro gli eredi del marito di sua madre. Havvi perciò turbativa, quando quegli promuova l'azione di petizione della eredità intera o della legittima; quando faccia rettificare l'atto della sua nascita, e notifichi agli eredi la sentenza di rettifica e cose simili.[4]

L'immissione e la turbativa del possesso segnano, ne' relativi casi, il principio della decorrenza di due mesi; ma non è una condizione necessaria per l'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità, la quale perciò può essere promossa dagli eredi

---

[1] Demolombe, V, 161; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 589; Laurent, III, 447.

[2] Consulta Laurent, III, 434.

[3] Demolombe, V, 150.

[4] Demolombe, V, 149; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 588 testo e nota 19; Laurent, III, 440.

del preteso padre prima che il figlio s' immetta nel possesso dei beni lasciati da lui, o loro turbi nel possesso che ne abbiano.[1] Ma quando il figlio manchi di titolo o di possesso della sua legittimità, gli eredi medesimi debbono attendere che questi l'una o l'altra cosa faccia, per contestargli lo stato di figlio legittimo, a cui pretendesse, e mediante tale contestazione respingere le pretese di lui.[2]

La prova del possesso e della turbativa incombe al figlio, contro cui è proposta l'azione di denegata paternità; perciocchè eccependo la decadenza incorsa dagli eredi, diviene attore.[3]

I mesi si computano di trenta giorni, e di giorno in giorno, e non di ora in ora (art. e arg. art. 2133).[4]

Questi termini non sono sospesi dalla minorità del marito, nè dalla minorità o interdizione degli eredi; perciocchè trattasi di

---

[1] Richefort, I, 58; Magnin, Des minorités, I, 209; Demolombe, V, 160; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 589; Mourlon, I, 899; *contro* Laurent, III, 439. Quest' ultimo reputa che gli eredi di quello, alla cui paternità pretende il figlio da disconoscere, non possano intentare contro di lui l'azione di denegata paternità se quegli non s' immetta nel possesso de' beni ereditari, o non vi turbi gli eredi; perchè altrimenti manca all'azione medesima la base dell' interesse pecuniario, pel quale è stata concessa agli eredi medesimi, reputando non sufficiente l'interesse di rimuovere l' eventualità che il figlio suddetto possa tentare di far valere in appresso le sue pretese, e il pericolo della perdita delle prove della illegittimità de' natali di lui. Aggiunge poi che tanto meno debbono ammettersi a promuovere l' azione suddetta; in quanto che per essa turbano le famiglie, sollevano giudizi scandalosi e disonorevoli per la madre e il figlio, e tutto ciò per prevenire un' azione poco probabile che il figlio potrebbe esercitare. Questi motivi hanno senza dubbio sommo valore; tanto che non esito a riconoscere che per essi volentieri abbandonerei l'opinione comune per seguire questa del Laurent. Ma il testo dell' articolo 167 mi arresta: esso stabilisce il tempo da cui incominciano a decorrere i due mesi, e non crea della immissione o della turbativa del possesso una condizione necessaria all' esercizio dell' azione suddetta.

[2] Demolombe, V, 148.

[3] Duranton, III, 189; Demolombe, V, 159; Aubry e Rau, IV, 589; Demante, II, 43 bis, X.

[4] Duranton, III, 84; Aubry e Rau, IV, 588; Demolombe, V, 152.

decadenza e non di prescrizione.[1] Ma non corrono contro il marito che trovasi in tale stato mentale, in cui non sia capace di riconoscere la legittimità del figlio partorito da sua moglie, non potendo allora dal suo silenzio, tenuto per due o tre mesi, dedursi la confessione della medesima. È a tale riguardo indifferente che egli sia stato o no interdetto; nel primo caso però, attesa la continuità dell'effetto della interdizione, i termini debbono ritenersi sospesi, finchè l'interdizione di lui non venga rivocata.

273. L'azione di denegata paternità deve essere proposta contro il figlio, se è maggiore di età, e se è minore, qualunque ne sia l'età, o interdetto, in contraddittorio di un curatore deputato dal tribunale, davanti al quale il giudizio è promosso, affinchè in un giudizio sì grave, quale è quello, in cui si agita la legittimità di un figlio, questi abbia speciale guarentigia di difesa (art. 168). Questo curatore deve essere nominato, quand'anche vi sia il tutore ordinario, e per conseguenza anche il protutore; sia perchè la disposizione di legge è generale ed assoluta; sia perchè sussiste ancora in tale ipotesi la ragione di procurare al figlio un difensore speciale; soprattutto se si considera che il tutore potrebbe essere un parente suo, interessato perciò ad avversarlo.[2]

Se il figlio sia morto, l'azione di denegata paternità dovrà esser proposta contro tutti i suoi eredi.

Nel giudizio deve essere pure chiamata nei relativi casi la madre; perciocchè vi è interessato il suo onore, e può fornire ai contendenti mezzi di difesa più che ogni altro (art. cit. capov.).

274. Se l'azione di denegata paternità è ammessa, il figlio, contro cui fu diretta, viene dichiarato illegittimo,[3] e cessa di appartenere alla famiglia del marito di sua madre.

---

[1] Aubry e Rau, loc. cit.; Laurent, III, 450.

[2] Demolombe, V, 165; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 590, nota 33; Laurent, III, 454.

[3] Il figlio sarà semplicemente illegittimo, se fu concepito da sua madre prima della celebrazione del matrimonio; concepito dopo, sarà adulterino.

Se, al contrario, l'azione medesima è respinta, rimane confermata giudizialmente la legittimità del figlio medesimo e la sua appartenenza alla famiglia del marito di sua madre, rispettivamente padre.

La sentenza che accoglie o rigetta l'azione di denegata paternità, promossa dal marito contro il figlio o tutti i suoi eredi, ha effetto pro e contro, non solo di tutti gli eredi, ma di tutta la famiglia, anzi di tutti i terzi che in qualunque modo abbiano interesse alla legittimità o illegittimità del figlio; in altri termini forma stato in modo assoluto riguardo a tutti; perciocchè il marito solo, finchè è in vita, ha il diritto di disconoscere suo figlio. [1] La stessa decisione è applicabile per la medesima ragione, quando l'azione sia promossa da tutti gli eredi del marito. [2]

Ma se l'azione sia stata promossa da alcuno degli eredi del marito contro alcuno degli eredi del figlio, la sentenza che rigetti l'istanza non potrà nuocere nè giovare agli altri eredi, non avendo gli uni qualità di rappresentare gli altri; perciocchè ciascuno è succeduto per ragion propria al suo autore, e perciò ciascuno ha il suo proprio interesse, che sia dichiarata la illegittimità o la legittimità del figlio. [3]

Ma per evitare questa solenne anomalia, che un figlio possa essere legittimo di fronte ad alcuni ed illegittimo di fronte ad altri, l'autorità giudiziaria può ordinare l'intervento in causa di tutti gl'interessati (art. 105 Cod. di proc. civ.)

---

[1] Placet ejus rei judicem jus facere (Leg. 3, D. de agn. et alen. lib. XXV, 3). Consulta pure Merlin, Rép. v° Questions d'état, § 3, art. 1, n. 5; Duranton, III, 99 e 100; Demolombe, V, 174 e 175; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 591 testo e nota 39; Laurent, III, 458 e 488. Noto che la ragione della decisione non istà nella teoria del *legittimo contraddittore*, erronea in diritto romano (vedi Merlin, loc. cit. e Savigny, Tratt. del Dir. rom. VI, 478 e seg.) e non ammessa punto nel diritto patrio (art. 402 combinato coll'art. 1351).

[2] Vedi legge e Dott. cit. nella nota precedente.

[3] Vedi sopra n. 5; Merlin, loc. cit.; Toullier, X, 232 e 233; Aubry e Rau, loc. cit.; Demolombe, V, 177 e 308 e seg.; Laurent, loc. cit.

275. Il marito non può rinunziare alla sentenza, che ha ammesso l'azione di disconoscimento della paternità, e riammettere il figlio nella famiglia nella qualità di legittimo; perciocchè da una parte forma legge che non può distruggersi da un privato; dall'altra ha conferito alla famiglia del marito e di sua moglie il diritto di non comprendervi il figlio disconosciuto; e tale diritto non può esserle più tolto da lui. Ma può rinunziare, senza dubbio, al benefizio della sentenza in ordine agl'interessi pecuniari che ne sono dipendenti; quindi, esempligrazia, potrà continuare a provvedere al suo mantenimento, alla sua educazione ed istruzione, e potrà eziandio istituirlo suo erede.[1]

276. Dicemmo che il figlio, che nasce trecento giorni dopo lo scioglimento o l'annullamento del matrimonio, non è dalla legge dichiarato illegittimo in modo assoluto; inquantochè se questi possedesse lo stato di figlio legittimo e gli fosse lasciato godere, per essa sarebbe legittimo; e che parimente se le persone interessate si acquietassero alla pretensione di lui, di essere figlio legittimo, la legge per tale lo ritiene e rispetta.[2] Essa si è limitata a dare l'azione di contestazione della legittimità, che definimmo per quell'azione con cui si contesta la legittimità di un figlio nato trecento giorni dopo lo scioglimento o l'annullamento del matrimonio.[3]

Per l'ammissione di tale azione non si richiede altro che provare, essere il figlio nato trecento giorni dopo lo scioglimento o l'annullamento del matrimonio. Fatta tale prova, il tribunale non può non pronunziare l'illegittimità del figlio, essendo assoluta la presunzione che sia stato concepito dopo lo scioglimento o l'annullamento del medesimo; nè varrebbe addurre i parti straordinariamente tardivi, la cui esistenza è d'altra parte comunemente contestata, ritenendosi che i fatti e le leggi, su cui si

---

[1] Consulta Demolombe, V, 181-183; Laurent, III, 459.
[2] Vedi sopra n. 260.
[3] Vedi sopra n. 262.

fonda l'opinione contraria, sono da attribuire al modo di computare i mesi.[1]

L'azione di contestazione di legittimità appartiene a chiunque abbia interesse ad impugnare la legittimità del figlio (art. 169). L'interesse può essere pecuniario e di famiglia; l'azione quindi può promuoversi non solo dal marito e da' suoi eredi, ma da tutti i suoi parenti, dalla stessa madre del figlio e financo da quest' ultimo.

L'anzidetta azione, in quanto riguardi interessi pecuniari, non è soggetta che alla prescrizione di trent'anni, computabili in riguardo al marito e ai suoi eredi nei modi stabiliti dagli articoli 166 e 167 sull' azione di disconoscimento della paternità, in riguardo agli altri interessati dal giorno che il figlio pretende diritti in base della sua legittimità. In ordine allo stato del figlio, essa è imprescrivibile.

Del pari all' azione medesima può rinunziarsi, relativamente agl'interessi pecuniari.[2]

277. La filiazione legittima, ossia la filiazione della prole concepita o nata durante il matrimonio,[3] può essere provata con tre mezzi:

1º Coll'atto di nascita;

2º Col possesso di stato;

3º Col mezzo di testimoni.

---

[1] Proudhon e Valette, II, 41-46; Valette, Explic. somm. p. 174; Duranton, III, 56-59; Aubry e Rau, IV, 572; Duvergier su Toullier, II, 829, not. *a*; Demolombe, V, 84 e 85; Marcadé, art. 315, 2; Laurent, III, 387. Mourlon, riferisce un caso di parto tardivo, che egli chiama dei più bizzarri, addotto a sostegno dell' opinione contraria. « Una dama, egli dice, rinomata per la sua moralità, dichiarò il giorno stesso della morte di suo marito di essere incinta; nel nono mese sentì le doglie del parto, che dai medici fu dichiarato immediato. Tuttavia non partorì che due mesi più tardi! La legittimità di questo figlio fu contestata, ma vanamente. » Il tribunale, in verità, mostrò più bonomia che prudenza legale.

[2] Duranton, III, 102; Demolombe, V, 87; Aubry e Rau, IV, § 545, pag. 572.

[3] Consulta Aubry e Rau, IV, § 544, pag. 545 testo e nota 1; Laurent, III, 395. I figli concepiti dopo lo scioglimento o l'annullamento del matrimonio, ossia nati dopo trecento giorni dal detto scioglimento o annullamento, non possono prevalersi dell' atto di nascita, in quanto almeno basta che la loro legittimità sia contestata, per essere dichiarati illegittimi.

L'atto di nascita, per far prova della filiazione legittima, deve essere iscritto sui registri dello stato civile (art. 170): iscritto su foglio volante non farebbe prova.[1] Deve inoltre esser fatto dall'uffiziale dello stato civile sulla dichiarazione delle persone autorizzatevi; e più in generale deve esser fatto giusta tutte le disposizioni legislative che lo regolano. Se l'atto di nascita sia valido o nullo, deve decidersi anche riguardo a questa materia con la norma delle suddette disposizioni.[2]

L'atto di nascita fa prova della filiazione della persona che vi è nominata, quand'anche non abbia il possesso di stato, anzi l'abbia contrario. Ma se, verificandosi uno di questi due ultimi casi venga impugnato che l'atto di nascita la riguardi, essa dovrà provare la sua identità, di essere cioè quella stessa che vi è nominata. La prova della identità può esser fatta anche col mezzo di testimoni, senza necessità del principio di prova scritta o di presunzioni che la suppliscano.[3]

L'atto di nascita fa direttamente e per se solo prova della maternità della donna maritata, nominatavi come madre del figlio, salva la querela di falso o la prova contraria, giusta la disposizione dell'articolo 363.[4] La prova della filiazione materna non rimane distrutta dall'azione di disconoscimento della paternità;[5] perciocchè fra questa e la maternità non vi è legame necessario e dipendenza assoluta; può essere madre del figlio la donna maritata che è indicata nell'atto di nascita, e non esserne padre il marito di lei.

---

[1] Toullier, II, 863 e 867; Duranton, III, 119 e 126; Marcadé, art. 319, I; Demolombe, V, 190 e 191; Aubry e Rau, IV, 516; Valette, Explic. somm. p. 175; Laurent, III, 393.

[2] Consulta Laurent, III, 396-398.

[3] Toullier, II, 854 e 883; Duranton, III, 122 e 123; Demolombe, V, 200-203; Aubry e Rau, IV, 546 testo e nota 6; Laurent, III, 399-402.

[4] Consulta Demolombe, V, 204; Marcadé, art. 319, II; Aubry e Rau, IV, § 544, pag. 546 e 547 testo e nota 7; Laurent, III, 394.

[5] Marcadé, art. 319, III.

Ma lo stesso atto di nascita non vale a provare la legittimità del figlio, in quanto non fa prova della paternità del marito di sua madre. Constatando però la filiazione materna, somministra la base alla nota presunzione: *pater est is, quem iustae nuptiae demonstrant.* È a questo riguardo indifferente, che il figlio sia indicato nell'atto di nascita per figlio legittimo del tale uomo e della tale donna, o figlio di essi congiunti in legittimo matrimonio: la paternità non può risultare, in verun caso, se non dalla suddetta presunzione. Ma dall'altra parte non nuoce che la madre o sia nominata nell'atto di nascita col cognome della sua famiglia e non del marito, o che siavi indicata per donna non maritata (salvo che non siane contestata l'identità), o che il figlio sia stato iscritto come nato da padre sconosciuto o da persona che non è il marito di sua madre; perchè sempre dalla filiazione materna, creata nello stato matrimoniale, la legge deduce la presunzione della paternità, cui non valgono a distruggere le anzidette enunciazioni irregolari, quand'anche fossero vere. [1]

278. In mancanza dell'atto di nascita, da qualunque causa dipenda; cioè, sia perchè o non fatto o perduto, o distrutto; sia perchè reso inintelligibile o ignorato, [2] la filiazione legittima si prova col possesso continuo dello stato di figlio legittimo (art. 161).

Il possesso di stato risulta da una serie di fatti, che nel loro complesso valgono a dimostrare le relazioni di filiazione fra un individuo e la famiglia a cui egli pretende di appartenere (art. 172).

I principali di questi fatti sono:

1° Che l'individuo abbia sempre portato il cognome del padre che egli pretende di avere;

---

[1] Merlin, Rép. v° Légitimité, sect. II, § 2, n. 7; Toullier, II, 858-863 e 896; Duranton, III, 114-119; Marcadé, art. 319, II; Demolombe, V, 195-197; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 547 e 548 testo e note 10 e 11; Laurent, III, 398.

[2] Duranton, III, 127; Marcadé, art. 320 e 321, I; Demolombe, V, 206; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 547-548 testo e nota 12; Valette, Explic. somm. n. 171; Laurent, III, 407.

2° Che il padre lo abbia trattato come suo figlio ed abbia provveduto in questa qualità al mantenimento, all'educazione ed al collocamento di lui;

3° Che sia stato costantemente riconosciuto come tale nella società;

4° Che sia stato riconosciuto in tale qualità dalla famiglia.

Questi fatti sono dai pratici compresi nei termini *nomen, tractatus, fama*. Ad essi meritamente la legge attribuisce la virtù di far la prova della filiazione legittima; perocchè non può ragionevolmente presumersi che una moglie ed un marito abbiano trattato e fatto trattare pubblicamente una persona, come loro figlio, che non lo sia; e che i membri della famiglia, interessati a contestare lo stato che tale persona vi assume, sieno stati costantemente acquiescenti.

Gli anzidetti fatti, come si diceva, sono i principali, ma non i soli; quindi possono addursene altri per provare il possesso di stato. Al contrario non è necessario il concorso di quelli enunziati. [1] Ma in ogni caso il possesso di stato deve essere provato simultaneamente in riguardo tanto al padre, quanto alla madre; cioè che il *nome*, il *trattamento* e la *fama* riguardino l'uno e l'altra. Il possesso di stato della sola filiazione materna non basta per la presunzione della paternità, nè questa per quella, e, non provata o l'una o l'altra, il figlio non può dirsi legittimo; perciocchè la sua legittimità dipende ad un tempo dalla madre e dal padre (art. cit. e arg. art. 172). [2]

---

[1] Delvincourt, I, 213; Toullier, II, 871, 872 e 880; Duranton, III, 127; Marcadé, art. 320 e 321, I; Demolombe, V, 206; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 548; Laurent, III, 403.

[2] Marcadé, art. 321, I; Demolombe, V, 211; Valette, Explic. somm. p. 117; Demante, II, 47 bis, II; Aubry e Rau, loc. cit. not. 14; Mourlon, I, 911; Laurent, III, 404; *contro* Bonnier, Traité des preuves, p. 141; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 455. Non faccia difficoltà che la legge nomini qui i soli fatti costitutivi del possesso di stato relativi al padre; perciocchè dai rapporti che il figlio ha col padre nella società, dipende principalmente il suo possesso di stato; ma i rapporti con la madre non sono meno essenziali: questa inoltre è compresa sotto il nome di famiglia.

La prova de' fatti costitutivi del possesso di stato può farsi con tutti i mezzi e specialmente con testimoni, quand'anche manchi un principio di prova scritta. [1]

Del pari la continuità del possesso di stato può esser provata co' testimoni. Se il possesso sia stato continuo o interrotto è quistione di fatto, la cui soluzione è rimessa al prudente giudizio del tribunale, il quale deve avere riguardo principalmente ai primi anni di vita del figlio, e considerare che col crescere degli atti di lui, possono cessare alcuni de' fatti che costituiscono il possesso medesimo e specialmente il *tractatus*, senza che possa dirsi questo cessato. [2]

Il possesso di stato fa prova della filiazione materna e paterna in modo assoluto; in quanto che neppure la filiazione paterna può essere disconosciuta dal marito, atteso il riconoscimento che ne ha fatto, concorrendo alla costituzione del possesso di stato del figlio di sua moglie.

Ma egli e sua moglie possono impugnare il possesso di stato, invocato da quello che pretende di essere loro figlio. Quindi possono distruggere i fatti, sui quali si basa il possesso di stato; addurne altri che elidano la forza probatoria di quelli. Più ancora, contro il possesso pienamente provato possono combattere la paternità e la maternità che ne risultano, provando, esempligrazia, che non esiste alcun figlio nato dal loro matrimonio, o che è morto, o producendo un atto di nascita che désse al figlio una filiazione diversa da quella di cui ha il possesso. [3]

La filiazione materna e paterna, provata col possesso di stato, non è per questo solo legittima: la sua legittimità rimane sempre dipendente dal matrimonio valido, o almeno putativo,

---

[1] Demolombe, V, 212; Aubry e Rau, IV, 549 testo e nota 17; Laurent, III, 405.

[2] Consulta Demolombe, V, 208; Aubry e Rau, IV, § 544, pag. 550; Laurent, loc. cit.

[3] Proudhon, II, 84 e 85; Toullier, II, 880; Marcadé, art. 320 e 321, II; Aubry e Rau, loc. cit.; Demolombe, V, 216 e 217; Laurent, III, 408.

de'genitori indicati dal possesso medesimo. Perciò il figlio, ove tale matrimonio sia impugnato, dovrà farne la prova o coll'atto di celebrazione, o col possesso di stato, giusta l'articolo 120. Che anzi, inteso il possesso di stato a provare la sua filiazione legittima, non potrà valersene, se non previa la prova del matrimonio de' suoi genitori.

Il possesso di stato, stabilito che sia, prova necessariamente anche la identità del figlio, cui riguarda.

278. bis In terzo ed ultimo luogo la filiazione legittima può essere provata col mezzo de'testimoni. Questo mezzo di prova però non è ammesso che nei casi seguenti, cioè:

1° Quando manchi l'atto di nascita e il possesso di stato (art. 174). Non deve aversi riguardo alla causa della mancanza dell'atto di nascita; sia perchè la legge è generale, sia perchè non può arrecarsi danno al figlio, privandolo, per fatto a lui non imputabile, dei mezzi di prova della sua filiazione. Perciò è indifferente che non possa prodursi per una causa piuttosto che per un'altra; come verbigrazia, perchè s'ignori il comune nel quale può essere stato fatto; o perchè non fu fatto per negligenza o dolo de'genitori o di altre persone incaricate a fare la dichiarazione della nascita; o perchè, havvi la mancanza, o è avvenuta la distruzione, lo smarrimento dei registri dello stato civile, o l'interruzione della tenuta dei medesimi (art. 364); [1]

2° Quando il figlio fu iscritto sotto falsi nomi (art. 174), come se fosse stato iscritto nato dal matrimonio de' *Tali*, ed egli pretendesse esser nato da *Altri;* o come nato da genitori incerti (art. cit.) o da madre incerta, senza alcuna indicazione del padre, ed egli pretenda esser nato dai *Tali* o dalla *Tale;* perciocchè dalla filiazione materna potrà dedurre la paterna. In qualunque caso egli non è tenuto a distruggere con la

---

[1] Demolombe, V, 233 e 234; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 460; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 550 testo e nota 21; *contro* Toullier, loc. cit.; Marcadé, art. 324, II; che opinano doversi la prova testimoniale ammettere ne' soli casi di mancanza e di smarrimento dei registri.

querela di falso l'atto di nascita; perocchè egli non insorge a contestare che l'uffiziale dello stato civile non ha registrato le dichiarazioni ricevute; ma soltanto che le dichiarazioni contenute nell'atto di nascita non sono conformi alla verità; può perciò provare con tutti i mezzi, non esclusi i testimoni, la falsità delle dichiarazioni medesime; [1]

3° Quando si tratta di supposizione o di sostituzione di parto (art. cit.); cioè quando siasi dichiarato un parto non vero di una donna, mediante la presentazione di un neonato di un' altra donna, o siasi scambiato un neonato con un altro. In questo doppio caso di supposizione o di sostituzione di parto, la prova testimoniale della filiazione legittima è ammessa; ancorchè vi sia un atto di nascita conforme al possesso di stato (art. 174). [2]

In veruno de'sopraddetti casi la prova testimoniale non può essere ammessa, se non quando vi sia un principio di prova per iscritto, o quando le presunzioni e gl' indizi risultanti da fatti già certi si trovino abbastanza gravi per determinare l'ammissione (art. 174).

Il principio di prova per iscritto risulta dai documenti di famiglia, dai registri e dalle carte private del padre o della madre, dagli atti pubblici o privati provenienti da una delle parti impegnata nella controversia o che vi avrebbe interesse se fosse in vita, come, per esempio, di un fratello o di una sorella del figlio che vuol provare la sua filiazione col mezzo de' testimoni; imperocchè in ogni quistione di stato è interessata tutta la famiglia (art. 175). La disposizione di questo articolo è limitativa, e conseguentemente non sono ammessi altri documenti, come principii di prova scritta, oltre quelli che vi sono nominati. Ma avvertasi che la legge indica il genere degli atti, ma non li enumera singolarmente; quindi fra gli atti privati vi sono comprese le lettere. [3]

---

[1] Toullier, II, 905; Valette su Proudhon, I, 89, not. *a*; Demolombe, V, 239; Laurent, III, 425.

[2] Relazione Vigliani.

[3] Aubry e Rau, IV, 552; Massé e Vergé su Zachariae, I, 309; Demolombe,

L'atto, qualunque sia, deve rendere verosimile, a giudizio del tribunale, la filiazione legittima, acciò possa costituire principio di prova per iscritto, necessario per l'ammissione della prova testimoniale (art. 1347 capov.).[1]

I fatti poi, da cui debbono risultare le presunzioni e gl'indizi, possono essere vari; tali sarebbero i segni corporali, le vesti e gli altri effetti trovati presso il figlio e da questo o da altri per lui presentati (arg. art. 377). Qualunque sia il fatto, esso deve esser già certo, quando il figlio chiede di provare co' testimoni la sua filiazione: ove non sià già certo, egli non può pretendere di provarlo preliminarmente co' testimoni.[2] Se i fatti siano certi e se le presunzioni e gl'indizi che ne risultano siano gravi abbastanza per determinare l'ammissione della prova testimoniale, dovrà decidersi dal tribunale col suo prudente giudizio, trattandosi di quistione di apprezzamento.

Ammessa la prova testimoniale, il figlio dovrà provare con essa due cose; cioè il parto della donna che reclama per madre,[3] e la sua identità, cioè di essere egli identicamente quel medesimo che fu da lei partorito (arg. art. 190 capov.).

La prova della filiazione, fatta col mezzo de' testimoni, può essere distrutta da prova contraria. Essa può essere diretta a contestare la maternità e per essa la paternità, o direttamente la paternità. Nel primo caso deve provarsi che il reclamante non sia figlio della donna che egli pretende aver per madre; nel secondo caso, che non sia figlio del marito della madre (art. 176).[4]

V, 245 e 246; Laurent, III, 417; Marcadé, 324, II, che prima aveva insegnato il contrario.

[1] Demolombe, V, 249; Aubry e Rau, IV, 552; Laurent, loc. cit.

[2] Consulta Laurent, III, 418.

[3] Il parto della madre potrebbe provarsi anche con prove scritte, come se una lettera di questa o del marito lo annunziasse agli amici o ai parenti; in tal caso il reclamante non dovrebbe provare co' testimoni che la sola identità (Marcadé, art. 323 e 324, III).

[4] Merlin, Rép. v° Légitimité, sect. IV, § 4, n. 7; Toullier, II, 894; Duranton, III, 137; Proudhon e Valette, II, 75-77; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 552 testo e nota 31; Demolombe, V, 258; Marcadé, art. 325.

In ambedue i casi la controprova può farsi con tutti i mezzi propri allo scopo (art. 176); e non fa punto d'uopo di promuovere l'azione di denegata paternità, per distruggere la presunzione della paternità; perciocchè, quando essa si fonda sulla maternità provata col mezzo di testimoni, non ha quel carattere gravissimo che le è attribuito dalla legge, quando si basa sulla maternità provata coll'atto di nascita; ha invece il carattere di una presunzione legale ordinaria;[1] imperocchè quando il figlio produce l'atto di nascita ha a favore suo tutte le probabilità; le ha invece contro di sè, quando deve ricorrere alla prova testimoniale.[2]

Per dare la contro prova non è richiesta veruna condizione preventiva, e specialmente non si richiede principio di prova scritta o presunzioni e indizi suppletivi.

279. Stabiliti i mezzi di prova della filiazione legittima, passiamo a vedere delle azioni, con cui la medesima può essere reclamata o contestata, potendo una persona non possederla, mentre v'ha diritto, e possederla, mentre non le appartiene.

Si fa luogo all'azione di reclamo di stato,

1° Quando il figlio, il cui stato s'intende di reclamare, abbia un atto di nascita contrario al suo possesso di stato: in questo caso potrà essere reclamato lo stato conforme all'atto di nascita;[3]

2° Quando abbia un atto di nascita senza possesso di stato; allora potrà essere reclamato il possesso di stato risultante dall'atto di nascita;[4]

---

[1] Marcadé, art. 323 e 324, III; Demolombe, V, 254; Aubry e Rau, IV, § 544, pag. 552; Laurent, III.

[2] Dott. cit. loc. cit.

[3] Suppongo che l'atto di nascita faccia efficacemente la prova della filiazione, altrimenti si verificherebbe il caso terzo. Se l'atto di nascita fosse semplicemente irregolare, si tratterebbe di rettificazione del medesimo; e allora si starebbe nella presente ipotesi.

[4] Suppongo ancora qui che l'atto di nascita sia valido; se no si verificherebbe il caso quarto.

3° Quando abbia un possesso di stato senza atto di nascita; allora provandosi co'testimoni la filiazione materna diversa da quella posseduta, può reclamarsi lo stato di filiazione materna contro la vera madre e in base ad essa la filiazione paterna contro il marito di lei;[1]

4° Quando non abbia nè possesso di stato, nè atto di nascita; in tale ipotesi potrà essere reclamato lo stato, che si riuscirà a provare col mezzo de'testimoni;

5° Quando vi sia stata supposizione o sostituzione di parto; nel caso che il figlio abbia un atto di nascita conforme al possesso di stato.[2]

Al contrario non si fa luogo all'azione di reclamo di stato, quando una persona abbia uno stato attribuitogli dall'atto di nascita di figlio legittimo e dal possesso conforme al medesimo. In questo caso egli deve essere contento di questo stato e non può reclamarne un altro (art. 173); perciocchè il concorso di tale atto e di tale possesso stabilisce irrefragabilmente quale sia lo stato di figlio legittimo che a tale persona si spetti. In effetto da una parte il concorso di quell'atto e di quel possesso rende sommamente difficile l'usurpazione di stati falsi e la soppressione de'veri; dall'altra lo stato de'figli che compongono le famiglie deve essere difeso da ogni incertezza per rispetto della dignità e del buon ordine delle medesime. Questa regola è assoluta; cosicchè non è neppur lecito di muovere querela di falso contro l'atto di nascita.[3] Tuttavia essa vien meno, quando vi sia stata supposizione o sostituzione di parto: in questi due casi, come or ora si diceva, l'azione di reclamo di stato è ammissibile, e può farsi la prova dello stato reclamato col mezzo de'testimoni (art. 174, prima parte in fine).

---

[1] Se in questa ipotesi si volesse conservare lo stato posseduto, si tratterebbe solamente di formare l'atto di nascita omesso, mediante sentenza di rettificazione.

[2] Noto la condizione che il figlio in questa ipotesi abbia un atto di nascita conforme al possesso di stato; se no si verificherebbe una delle precedenti.

[3] Consulta Duranton, III, 133; Demolombe, V, 226; Laurent, III, 411.

Ma il concorso dell'atto di nascita e del possesso di stato conforme al medesimo non impedisce che si contesti la legittimità del figlio, provandosi l'inesistenza o la nullità del matrimonio de'suoi genitori. Non impedisce neppure in principio lo sperimento dell'azione di disconoscimento; semprechè tra i fatti costitutivi del possesso di stato, riguardo alla filiazione paterna, non sianvi di quelli che importino tacito riconoscimento della medesima, e conseguente rinunzia all'azione suddetta.[1]

280. Finchè il figlio sia in vita, l'azione di reclamo dello stato di filiazione legittima non appartiene che a lui; perocchè il suo stato è un interesse morale e pecuniario esclusivamente suo. Non possono quindi, in sua vece, promuovere tale azione i suoi creditori. Questi però, ove abbiano intentata un'azione appartenente a lui in dipendenza del suo stato, ed avente un interesse pecuniario, come la petizione di eredità lasciata dalle persone che egli potrebbe reclamare per genitori, possono valersi di tutti i mezzi propri a far conoscere il vero stato del loro debitore, per fare accogliere la loro dimanda.[2]

Dopo la morte del figlio, l'azione di reclamo di stato compete ai suoi eredi, tanto testamentari, quanto legittimi, siano o no i suoi discendenti.[3] È però necessario che si trovi nella eredità di lui;

---

[1] Marcadé, art. 322, I; Demolombe, V, 230 e 231.

[2] Consulta Merlin, Rép. v° Hypothèque, Quest. de droit, § 4, n. 4; Toullier, VI, 272; Valette su Proudhon, II, 122, nota *a;* Marcadé, art. 166, II; Aubry e Rau, IV, § 544 bis, pag. 556; Demolombe, V, 282-285; Laurent, III, 470.

[3] La legge nomina *gli eredi o discendenti;* esatte o no queste voci così poste, certo è che l'azione di reclamo di stato di un figlio appartiene a tutti i suoi eredi testamentari o legittimi, qualunque essi siano; perciocchè base dell'azione per essi è l'interesse pecuniario: qualunque erede adunque abbia questo interesse, ha pure l'azione. Fra gli eredi legittimi vanno compresi i legittimari, nominati o no nel testamento; e probabilmente ad essi deve aver avuto riguardo il Legislatore, nominando i discendenti del figlio. Credo infine opportuno di eliminare il dubbio, che potrebbe nascere per occasione della voce *discendenti;* che cioè questi possano essere ammessi ad esercitare l'azione di reclamo di stato per l'interesse morale che vi avrebbero, per godere in tale qualità dello stato che si sarebbe potuto reclamare dal loro ascendente. Tale decisione, benchè pro-

perocchè presso di essi l'azione di reclamo di stato è meramente pecuniaria. Se adunque il figlio abbia espressamente o tacitamente rinunziato, essi non possono più promuoverla. A tale riguardo la legge distingue, se il figlio muore senza aver reclamato il suo stato, o dopo aver promossa la relativa azione. Nel primo caso i suoi eredi possono sperimentarla, se il loro autore sia morto in età minore o nei cinque anni dopo la sua maggiore età; non potendo dal suo silenzio e dalla sua inazione per tal tempo dedursi che abbia rinunziato al diritto di reclamare il suo stato. Se, al contrario, il figlio muoia compiuti i cinque anni dopo la sua maggiore età, i suoi eredi o discendenti non sono ammessi ad esercitarla; supponendo la legge che il figlio, non avendo agito entro quel lasso di tempo, abbia riconosciuto di non aver diritti allo stato che i suoi eredi o discendenti pretendono avrebbe potuto reclamare. Il divieto, fatto ad essi, di esercitare l'azione di reclamo di stato, è assoluto, ed è inteso ad assicurare il riposo delle famiglie. Invano perciò pretenderebbero di provare che il loro autore ignorò il suo vero stato, o che era sul punto di agire, quando fu colto dalla morte: la legge sottopone il loro interesse pecuniario a quel motivo d'ordine pubblico.[1]

Nel secondo caso gli eredi o discendenti del figlio possono proseguire l'azione promossa da questo, se non vi fu recesso o perenzione d'istanza (art. 178 capov.). Il recesso e la perenzione d'istanza sono regolati, anche in questa materia, dal Codice di procedura civile (art. 338-345).[2] È del resto indifferente che il

---

pugnata virilmente da Marcadé (art. 330, III), non è conciliabile col testo della legge, che nell'articolo 178 confonde i discendenti cogli eredi, e non li unisce invece nell'articolo precedente col loro ascendente, riguardo al quale l'azione ha veramente per base l'interesse morale.

[1] Toullier, II, 910; Duranton, III, 151; Marcadé, art. 300, IV; Demolombe, V, 294; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 554; Laurent, III, 463.

[2] Vedi Demolombe, V, 292 e 293; Marcadé, art. 330, V; Aubry e Rau, loc. cit. nota 6; *contro* Laurent, III, 466; Mourlon, I, n. 933, pag. 473, not. 2. Anche Aubry e Rau, seguendo Zachariae nelle edizioni precedenti alla terza, avevano seguito la dottrina contraria.

figlio abbia promosso l'istanza e abbia receduto dalla medesima, o l'abbia lasciata andar perenta, trascorsi o no i cinque anni dopo la sua maggiore età.[1] Molto meno gli eredi o i discendenti del figlio possono promuovere l'azione di reclamo, quando quegli vi abbia espressamente rinunziato.[2]

Nei casi, ne' quali l'azione di reclamo di stato appartiene agli eredi del figlio, essa può sperimentarsi dai loro creditori,

---

[1] Nella prima edizione ritenni, che il recesso e la perenzione d'istanza, avvenuti durante la minore età o i cinque anni susseguenti la maggiore età del figlio, non formassero ostacolo alla dimanda de' suoi eredi e discendenti; perchè sembrommi con gli altri che l'eccezione ai principii generali, secondo i quali fanno perire l'istanza, ma non estinguere l'azione, riguardasse soltanto il caso del recesso e della perenzione d'istanza promossa dal figlio, trascorsi i cinque anni dopo la sua maggiore età (Consulta in questo senso Duranton, III, 156 e 157; Marcadè, art. 339, VI; Demolombe, V, 289-291; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 555 testo e nota 7). Ma un esame più attento del testo dell'articolo 178, m'induce ad abbracciare l'opinione contraria. Questo testo considera e mette a raffronto i casi, che il figlio *non abbia reclamato* il suo stato, o che *ne abbia promosso* la relativa azione: nel primo è adunque da applicare la prima parte dell'articolo; nel secondo il suo comma; e siccome in questo non si fa distinzione, se il figlio abbia promossa la dimanda, e receduto dalla medesima o lasciata perimere durante i cinque anni dalla maggiore età o dopo, così indistintamente dovrà il medesimo applicarsi. Nè debbo neppure nascondere, che questa opinione parmi più conforme allo spirito della legge; perocchè questa nega agli eredi il diritto di reclamare lo stato del loro autore, quando v'ha probabilità che egli vi abbia rinunziato; forse perchè dubitava della bontà del medesimo; ora questa probabilità non manca al certo allorchè egli, sebbene entro i cinque anni dopo la sua maggiore età, abbia promossa la dimanda di reclamo di stato, e quindi receduto dalla medesima, o l'abbia lasciata perimere. Nè certamente può giovare agli eredi, di opporre che il loro autore avrebbe potuto rinnovare l'istanza; perocchè egli avrebbe potuto agire anche dopo trascorsi i cinque anni susseguenti alla sua maggiore età; e tuttavia essi nol possono, morendo questi trascorsi i cinque anni (consulta in questo senso Delvincourt, I, 217; Du Roi, pag. 44; Allemand, Du mariage, II, 823; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 469; Laurent, III, 466).

[2] La rinunzia, benchè nulla riguardo al figlio, può essere opposta ai suoi eredi e successori, ai quali l'azione è concessa, in quanto il loro autore non l'ha giudicata infondata nella stessa sua persona (Duranton, III, 156; Aubry e Rau, IV, 554 e 557; Marcadè, art. 330, IV; Demolombe, V, 290; Laurent, III, 466).

essendo presso di essi, come si diceva, un' azione d' interesse pecuniario.

281. L'azione di reclamo dello stato di figlio legittimo può essere promossa dal figlio in ogni tempo.

Essa è, a suo riguardo, imprescrivibile (art. 177); perciocchè lo stato delle persone è oggetto fuori di commercio (art. 2113). Per questa medesima ragione non ha effetto la rinunzia, il compromesso o la transazione fatta dal figlio intorno al suo diritto di reclamo di stato; per forma che egli, non ostante tali atti, può farlo valere. Del pari l'essersi acquietato alla sentenza che respinse la sua dimanda, non gl'impedisce di proseguire il giudizio negli ulteriori gradi di appello o di cassazione. Nè infine può essergli opposta la confessione, che abbia fatto, di esser figlio illegittimo, il recesso e la perenzione d'istanza. [1]

Ma i diritti dipendenti dal suo stato rimangono soggetti alla prescrizione e possono essere oggetto di convenzioni, a norma del diritto comune; così se da oltre trent'anni siasi aperta una successione, che sarebbe appartenuta al reclamante lo stato di figlio legittimo, questi non vi avrà alcun diritto, se dopo trent'anni da tale apertura promuova l'azione di reclamo e sia ammessa.[2] Così ancora può rinunziare, compromettere, transigere sui diritti dipendenti dal suo stato. Che se con un solo atto abbia transatto sul suo stato e sui diritti che ne dipendono, la transazione sarà incontrastabilmente nulla per intiero, se sia stata fatta per un solo prezzo, essendo allora essenzialmente unica ed indivisibile. Sarà del pari nulla per intero, se fosse per due prezzi, l'uno per lo stato, l'altro per i diritti pecuniari che ne dipendono; salvo che venga provato, essere stata intenzione delle parti contraenti, di dare alle due clausole esistenza e validità indipendenti l'una dall'altra. Nel dubbio deve essere ciò escluso (arg. art. 1136). [3]

---

[1] Toullier, II, 908; Marcadé, art. 328, I, e 330, I; Mourlon, I, 931; Demolombe, V, 280 e 281; Proudhon su Valette, II, 116 e 117; Duranton, III, 143-145; Aubry e Rau, IV, § 544 bis, pag. 557.

[2] Dott. cit. loc. cit.

[3] Consulta Demolombe, V, 517; Troplong, De la trans. n. 68; Aubry e Rau, III, § 420, pag. 481; Pont, IX, 645.

In riguardo poi agli eredi e ai discendenti del figlio, l'azione di reclamo è prescrivibile con trent'anni, computabili dal giorno dell'apertura della successione, che costituisce l'interesse pecuniario, base dell'azione medesima. Questa prescrizione, essendo di diritto comune, è soggetta alle cause ordinarie di sospensione e d'interruzione. [1]

282. Quanto agli effetti della sentenza pronunziata sulla dimanda di reclamo di stato, se il figlio l'abbia promossa contro sua madre o i suoi eredi, senza chiamare in causa il marito di lei o i suoi eredi, la sentenza che ha accolto la sua dimanda [2] proverà la filiazione materna contro la madre e i suoi eredi, ma non contro il marito e i suoi eredi; imperocchè la cosa giudicata, per principio, non produce effetto che fra le parti, cui riguarda. Quindi dalla sua filiazione materna così stabilita egli non può derivare la presunzione della paternità contro il marito di sua madre o gli eredi di quest'ultimo; in tale ipotesi è a lui necessario di rinnovare il giudizio contro il marito di sua madre o gli eredi di quest'ultimo, per far constatare la sua filiazione materna anche di fronte a loro. Se in questo giudizio vince, potrà allora valersi della sua filiazione materna per dedurne la presunzione della paternità, la quale però, come è stato detto, può essere distrutta con prova contraria, che può darsi con tutti i mezzi (art. 176). Se perde, rimane ferma la

---

[1] Valette su Proudhon, II, 116 e 117; Duranton, III, 154; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 557; Toullier, II, 908; Marcadé, art. 328, I, e 330, I; Mourlon, I, 931; Demolombe, V, 280 e 281; Laurent, III, 470.

[2] Considero il caso che la sentenza abbia accolto la dimanda di reclamo di stato; perchè se l'ha respinta, la posizione è semplicissima: il preteso stato non è pel figlio più conseguibile. In vero egli non può più reclamare la filiazione materna, ostante la regiudicata: non può neppure reclamare la paternità del marito di quella che pretese per madre e della quale non è stato dichiarato figlio; perchè quand'anche non adulterina, come se fosse stato concepito prima che quell'uomo conducesse moglie, non sarebbe indagabile; dico indagabile; perchè in effetto non si tratterebbe più dell'azione di reclamo della filiazione legittima, ma d'indagine della paternità.

filiazione materna stabilita dalla prima regiudicata, ma escluso dalla seconda per suo padre il marito di sua madre, egli viene a risultare figlio adulterino.

Se il figlio promuove l'azione di reclamo di stato contro la madre e il padre o i loro eredi, la sentenza che l'ammette, constata la filiazione materna contro tutti; e perciò da essa può dedurre la filiazione paterna contro tutti. Il marito di sua madre però o gli eredi di quest'ultimo possono contestare la filiazione paterna, giusta il sopraccitato articolo 176; non solo in un nuovo giudizio, ma nel medesimo in cui sono stati chiamati dall'attore. Ma mentre, nel primo caso, il tribunale dopo aver dichiarata la filiazione materna, può, sulla contestazione del marito, escludere la paternità di quest'ultimo, sebbene indirettamente venga a risultarne, essere quella filiazione adulterina; nel secondo caso il tribunale medesimo, se la paternità venga esclusa dalle prove addotte, dovrà respingere puramente e semplicemente l'azione avente per oggetto la filiazione legittima; nè potrà dichiarare la filiazione materna, per quanto provata, essendo adulterina. [1] La sentenza che accoglie la dimanda di reclamo di stato, diretta contro entrambi i genitori, ha effetto contro gli eredi di questi, in ordine ai diritti successorii, non appartenendo loro che come rappresentanti de'medesimi, ma non già in ordine agli altri diritti che posseggono per diritto originario, come membri della famiglia, quali sono i diritti del nome e della parentela. [2] Quindi, per esempio, tale sentenza impedirà a un figlio legittimo de' medesimi, di escludere quello che la ottenne dalla loro successione, ma non gli è di ostacolo a respingere l'azione di pe-

---

[1] Consulta, ma con discernimento e cautela, Merlin, Rép. v⁰ Question d'état, § 3, art. I, n. 2-11, art. 2, n. 2-5; Valette su Proudhon, II, p. 122 e 113 a bis 2; Richefort, I, 130; Demolombe, V, 307-321; Aubry e Rau, IV, 559 testo e nota 25, e sopra tutti, Mourlon, I, 922-923; Laurent, III, 422 e 423.

[2] Merlin, Rép. v⁰ Question d'état, § 3, art. I, n. 7; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 561; Demolombe, V, 321; Laurent, III, 490. Se altrimenti avviene nella sentenza che respinse l'azione di denegata paternità promossa dal marito, la ragione è riposta in questo, che solo questi può promuovere l'azione suddetta.

tizione o di divisione della eredità di uno zio che il medesimo promuova.[1] Queste decisioni sono applicabili non solo alle persone che riuniscono la doppia qualità di eredi e di parenti delle persone reclamate per genitori, ma eziandio a tutti gli altri parenti. È poi indifferente che questi fossero nati nel tempo in cui la sentenza acquistò l'autorità di cosa giudicata, o siano venuti a luce posteriormente;[2] senza distinguere se questi ultimi siano stati o no rappresentati nel giudizio di reclamo di stato dai loro autori: la rappresentanza, in ogni caso, non pregiudi-

---

[1] Il nominato figlio legittimo, e così qualunque altra persona interessata, può attendere di essere chiamato in giudizio dal preteso fratello, e respingere le pretese di lui coll'eccezione pregiudiziale di stato. Ma nulla gl'impedisce di contestargli lo stato di filiazione legittima che possegga, non ostante la sentenza che lo abbia dichiarato; perchè, ripeto, questa sentenza non ha effetto contro di esso.

[2] Nella prima edizione seguii l'opinione contraria, sostenuta da Merlin (Rép. v° Question d'état, § 3, art. 2, n. 3 e 4) e da Aubry e Rau (loc. cit. testo e nota); che cioè i membri della famiglia, non nati nel tempo in cui la sentenza acquistò l'autorità di cosa giudicata, dovevano ritenersi rappresentati da tutti i membri della famiglia allora esistenti. Non disconobbi sin d'allora che la dottrina che oggi adotto fosse più conforme ai principii; ma reputai poterla, ciò non ostante, respingere per considerazioni riflettenti i bisogni della pratica e gl'interessi delle famiglie. In vero, osservava cogli altri, che il figlio mancante di possesso di stato conforme all'atto della sua nascita abbia i mezzi per far riconoscere definitivamente a favor suo e de'suoi discendenti la sua vera filiazione. Or bene, quando egli abbia chiamato in causa tutti i membri della famiglia allora esistenti, cioè tutti quelli contro i quali gli era possibile di agire, sarebbe conforme alla ragione e all'equità di obbligarlo a rincominciare la lotta ogni volta che la famiglia si aumenti di un membro? Una tale teoria condurrebbe a questa conseguenza, che se successioni di collaterali venissero ad aprirsi nel più lontano avvenire, potrebbe sempre contestarsi ai discendenti del figlio la loro qualità di parenti legittimi, contestando la filiazione del loro autore, e ciò, nonostante che sia stata riconosciuta giudizialmente da tutti i membri della famiglia allora esistenti. Ora tale conseguenza sarebbe tanto meno ammissibile, in quanto che il tempo avrà necessariamente fatto perdere le prove, col mezzo delle quali il figlio avrà vinto. Ma se queste ragioni, che sono al certo di sommo valore, bastar possono a farci lamentare che il Legislatore non abbia regolato in modo speciale gli effetti delle sentenze pronunziate sulle questioni di stato, potendo derivare

cherebbe loro che relativamente ai diritti successorii trasmessi loro dai medesimi.

283. Resta a parlare dell'azione di contestazione dello stato di filiazione legittima, opposta alla precedente; perciocchè mediante essa s'impugna che ad una persona appartenga lo stato di figlio legittimo che possiede.

Quest'azione è esercibile, quando lo stato di figlio legittimo risulta o dall'atto di nascita o dal possesso di stato. Se v'abbiano possesso e atto di nascita conformi, lo stato è incontestabile (art. 173 capov.): se invece manchino l'uno e l'altro, allora non v'ha legalmente stato, e manca perciò sinanco il soggetto della contestazione.

Essa appartiene a tutte le persone che hanno interesse pecuniario od anche morale alla contestazione dello stato. Quindi può essere sperimentata non solo dagli eredi di coloro che dall'atto di nascita o dal possesso di stato risultano genitori del figlio, ma anche da qualunque de' membri della famiglia, nella quale quel figlio possiede il suo stato, non solo per escluderlo dalle successioni, ma anche per impedirgli di portare il nome e i titoli della famiglia medesima. [1]

Quest'azione, avendo sempre per oggetto diretto lo stato che viene contestato, è imprescrivibile. Per la medesima ragione non è valido il compromesso, la transazione e la rinunzia fatti sulla medesima; in questo senso, che non ostante tali atti può essere

---

dall'applicazione dei principii generali posizioni quasi inestricabili e inconvenienti gravissimi, non credo possano autorizzarci a deviare dai medesimi principii. Nè reputo che il figlio attore possa chiedere che sia nominato un curatore speciale per rappresentare i parenti nascituri, acciò la sentenza possa all'occorrenza opporsi anche a questi; imperocchè niuna legge autorizza tale dimanda e tale rappresentanza; trattasi perciò di creare siffatta rappresentanza: or questo è superiore ai poteri dell'autorità giudiziaria. Termino, manifestando il desiderio da eminenti giureconsulti già espresso, che farebbe opera saggia il Legislatore a regolare con norme speciali gli effetti delle sentenze sulle quistioni di stato.

[1] Merlin, Rép. v° Quest. d'état, § 3, art. 2, n. 6; Demolombe, V, 325; Aubry e Rau, IV, § cit., pag. 556; Laurent, III, 483.

sperimentata dai contraenti a loro grado. Nè migliore effetto avrebbe il riconoscimento fatto della legittimità dello stato. [1]

Ma i diritti pecuniari, dipendenti dallo stato contestato, sono soggetti alla prescrizione a norma del diritto comune; e possono formare oggetto di rinunzia, transazione e altre convenzioni. [2]

Nel resto alla sentenza che ammette l'azione di contestazione di stato sono applicabili, in generale, le regole esposte su quella che accoglie l'azione di reclamo di stato; tenuto conto del diverso oggetto delle azioni medesime. [3]

CAPO II.

DELLA FILIAZIONE DELLA PROLE NATA FUORI DI MATRIMONIO

SOMMARIO

284. Transizione alla filiazione della prole nata fuori di matrimonio. Esposizione generale. Tale filiazione può essere semplicemente naturale, adulterina e incestuosa. Divisione della materia.

284. Dalla filiazione legittima o della prole concepita o nata durante il matrimonio passiamo alla filiazione illegittima o della prole nata fuori di matrimonio. [4]

Come è stato accennato più volte, essa si distingue in naturale semplicemente tale e in adulterina e incestuosa. La naturale pro-

---

[1] Merlin, Rép. v⁰ Transactions, § V; Duranton, III, 102; Aubry e Rau, IV, 557; Demolombe, V, 330 e 334; Laurent, III, 484 e 485.

[2] Vedi sopra n. 281.

[3] Vedi sopra n. 282.

[4] Dico della prole *nata* fuori del matrimonio, siccome dice la legge; ma suppongo che fra i suoi genitori non siavi stato matrimonio nel tempo del concepimento e della gestazione.

cede da due persone, fra cui nel momento del concepimento [1] poteva sussistere matrimonio; l'adulterina da due persone, di cui anche una soltanto era al tempo del concepimento [2] legata in matrimonio con altra persona (art. 180 1°); e l'incestuosa da due persone, fra le quali non poteva sussistere matrimonio per vincolo di parentela o di affinità in linea retta in infinito, o per vincolo di parentela in linea collaterale in secondo grado (art. 180 2°). Le filiazioni adulterina ed incestuosa sono rette dalle medesime leggi. Perciò dividiamo questo Capo in due sezioni, l'una per la filiazione naturale, l'altra per la filiazione adulterina e incestuosa.

SEZIONE I.

DELLA FILIAZIONE NATURALE

SOMMARIO

285. La filiazione naturale può essere riconosciuta o dichiarata e può essere legittimata. Ben diverse essendo le regole che governano il riconoscimento o la dichiarazione e la legittimazione, è opportuno di dividere la trattazione di questa materia in due parti distinte; l'una per il riconoscimento e la dichiarazione, l'altra per la legittimazione della filiazione.

---

[1] [2] Per istabilire il tempo del concepimento, non può, a rigore di principio invocarsi la disposizione dell'articolo 160, risguardante limitatamente la filiazione legittima, e il suo favore. Tuttavia in pratica fassene conto, avuto riguardo alle leggi fisiologiche, che servono di base alla presunzione stabilita dal medesimo articolo, e al favore che pur merita la filiazione della prole nata fuori di matrimonio, affine di ritenerla semplicemente naturale piuttosto che adulterina. Ma, senza dubbio, tale presunzione in questa materia non è *iuris et de iure*, anzi non può dirsi che sia neppure una presunzione *iuris*, cioè semplicemente legale; diviene piuttosto una presunzione *hominis*, in quanto cioè dalle dette leggi fisiologiche note viene dal giudice dedotto il fatto ignoto del tempo del concepimento.

§ I.

DEL RICONOSCIMENTO E DELLA DICHIARAZIONE DELLA FILIAZIONE NATURALE

SOMMARIO

286. Che cosa sia il riconoscimento. Chi possa farlo; padre e madre, ciascuno per la rispettiva filiazione: conseguenze. Possono farlo mediante procuratore? Quale capacità è richiesta nel padre e nella madre per poter fare validamente il riconoscimento?
287. Quali figli possono essere riconosciuti dai loro genitori; i semplicemente naturali; non gli adulterini e gl'incestuosi. *Quid juris*, se la filiazione adulterina o incestuosa non consti legalmente? È necessario il consenso de'figli per poter essere riconosciuti dai loro genitori?
288. In qual tempo possa farsi il riconoscimento della prole; dopo il suo concepimento e prima della nascita, nel tempo della nascita; in qualunque tempo della sua vita. Può farsi dopo la sua morte?
289. In qual forma debba esser fatto il riconoscimento. Atto di nascita. Atto autentico anteriore o posteriore alla nascita.
290. Se e per quali cause il riconoscimento sia inesistente e nullo o annullabile. Chi possa valersi della inesistenza o della nullità del medesimo. Entro qual tempo possa farsi valere l'una o l'altra.
291. Della irrevocabilità del riconoscimento.
292. Transizione alla dichiarazione della filiazione naturale o delle indagini sulla paternità o maternità. Esposizione generale: in quali casi possa farsi luogo a tale dichiarazione: azione d'indagine della paternità e maternità intesa ad ottenere tale dichiarazione: è ammessa per eccezione riguardo alla paternità; per regola riguardo alla maternità.
293. Seguito. In quali casi è ammessa eccezionalmente l'indagine sulla paternità: ratto e stupro violento. Condizione della coincidenza del concepimento: mezzo di prova. Altre condizioni che si richieggono. Verificandosi i casi e le condizioni, la dichiarazione della paternità è obbligatoria o facoltativa per l'autorità giudiziaria?
294. Seguito. Azione d'indagini sulla maternità. Che cosa debba provarsi dall'attore; parto della madre che reclama; sua identità. Condizioni alle quali è subordinata la sua ammissione a fare tali prove; principio di prova per iscritto, o presunzioni e indizi suppletivi.
295. A chi appartenga il diritto di fare le indagini sulla paternità o maternità: al figlio e suoi eredi o discendenti. *Quid juris*, se il figlio sia minore o interdetto? Possono farsi le indagini da altre persone contro del figlio?
296. Contro chi deve essere diretta l'indagine sulla paternità o maternità; contro il padre o la madre. Osta a ciò il matrimonio da essi celebrato dopo il concepimento della prole che agisce contro di loro? Può la medesima azione promuoversi dopo la morte de' pretesi genitori?
297. L'azione d'indagini sulla paternità o maternità è soggetta a prescrizione? Può essere oggetto di valida rinunzia, transazione o compromesso? *Quid* degl'interessi pecuniari dipendenti dallo stato che può ricercarsi?
298. Se e da chi possa impugnarsi la dichiarazione della paternità o della maternità.
299. Degli effetti del riconoscimento e della dichiarazione della paternità e maternità. Ne viene constatata la filiazione della prole. A qual tempo perciò rimontino tali effetti. In riguardo a quali persone tali effetti vengono prodotti.
300. Seguito. Diritti e doveri morali; diritti e obblighi pecuniari derivanti dal riconoscimento o dalla dichiarazione.

286. Il riconoscimento, che vuole specificarsi per *volontario* affine di distinguerlo dalla dichiarazione, che chiamasi ancora riconoscimento *necessario*, è quell' atto con cui un uomo od una donna si confessa padre o madre naturale di un dato figlio.

Il riconoscimento, non può esser fatto che dal padre e dalla madre; imperocchè il riconoscimento volontario è personale, sia considerato in sè, sia avuto riguardo al dovere di coscienza, che con esso si adempie dall' uno o dall'altro, e alla confessione pubblica della propria colpa, che esso include.

Di qua segue, che il riconoscimento di una prole naturale non può esser fatta da altri in luogo de' suoi genitori; e nemmeno dal padre o dalla madre de' suoi rispettivi genitori, siano questi maggiori o minori; nè dai loro tutori, se minori o maggiori interdetti. [1] Ne segue pure che il padre non può riconoscere la prole naturale, che in riguardo alla filiazione paterna, e la madre in riguardo alla filiazione materna; a tal punto che l'un de' genitori, che fa il riconoscimento, non può a rigore nominar l'altro; la nomina però che ne faccia, nel mentre non importa riconoscimento a carico di quest' ultimo, non pregiudica punto al riconoscimento fatto dal primo. Ne segue in fine, che il riconoscimento fatto da uno dei genitori non ha effetto che riguardo a lui e non dà al figlio riconosciuto alcun diritto verso l' altro (art. 182).

Ma nulla impedisce che il padre o la madre conferisca ad un terzo mandato autentico e speciale per fare il riconoscimento della sua prole naturale; e che l' un de' genitori lo conferisca all'altro, tanto se il riconoscimento si faccia dal primo solamente, o da entrambi (art. e arg. art. 354). [2]

Del resto il riconoscimento può esser fatto dal padre e dalla madre, tanto congiuntamente in un medesimo atto, quanto separatamente. In questo secondo caso il riconoscitore non ha

---

[1] Delvincourt, pag. 235; Demolombe, V, 381; Aubry e Rau, IV, 668; Marcadé, art. 334, 1.

[2] Consulta Demolombe, V, 407; Marcadé, art. 339, I; Mourlon, I, 962; Laurent, IV, 51 e 57; consulta Torino, 9 lug. 1867, B. XIX, 2, 388.

bisogno del consenso del cogenitore del figlio che vuole riconoscere.[1]

Per potere un padre od una madre fare il riconoscimento della propria prole, non si richiede altra capacità che quella di manifestare validamente la sua volontà, qualunque sia d'altronde la sua incapacità giuridica. Il riconoscimento quindi può esser fatto dal minore non emancipato, senza l'intervento del tutore e l'autorizzazione del consiglio di famiglia,[2] o emancipato senza l'assistenza del curatore;[3] da un inabilitato senza l'intervento del suo curatore;[4] da una donna maritata senza l'autorizzazione maritale o giudiziale; e da un interdetto giudiziale, che si trovi in un lucido intervallo,[5] e più ancora da un interdetto legale;[6] perciocchè il riconoscimento è un atto puramente morale, le cui conseguenze dirette sono parimente morali, e solo per indiretto e in modo affatto accessorio, pecuniarie.

Nulla rileva che il padre o la madre, che vuole riconoscere un figlio, abbia contratto matrimonio dopo la nascita di questo,

---

[1] Demolombe, V, 382-385; Valette su Proudhon, II, 142, not. *a*; Marcadé, art. 336, I; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 488; Massé e Vergé su Zachariae, I, 318.

[2] Merlin, Rép. v° Paternité, Quest. § 2; Toullier, II, 962; Duranton, III, 258; Demolombe, V, 387, 388; Aubry e Rau, IV, § 568, pag. 669; Marcadé, art. 337, 1; Torino, 23 gen. 1869, B. XXI, 2, 37; *contro* Laurent, IV, 39-40.

[3] Demolombe, Aubry e Rau, loc. cit.; *contro* Laurent, IV, 41.

[4] Allemand, Du Mariage, II, p. 268; Demolombe, Aubry e Rau, loc. cit.

[5] Non ostano gli articoli 61 e 112; perchè riguardando il matrimonio, non si possono applicare per estensione al presente soggetto del riconoscimento; neanche osta l'articolo 763, 2°; il quale è una conseguenza diretta, immediata della incapacità giuridica dell'interdetto, e concerne un atto d'interesse esclusivamente pecuniario; mentre il riconoscimento è principalmente un interesse morale. Si tenga pur conto dell'adempimento del dovere di coscienza che il riconoscimento include, e del favore che merita questo stesso riconoscimento riguardo alla prole (in questo senso Duranton, III, 257; Demolombe, Marcadè, Aubry e Rau, loc. cit.; Laurent, IV, 36).

[6] Demolombe, Aubry e Rau, loc. cit.

sia fra loro, sia con altra donna o con altro uomo (arg. art. 183, cong. all'art. 197).[1]

287. Possono essere riconosciuti tutti i figli naturali non dichiarati incapaci.

Incapaci sono:

1° I figli nati da persone, di cui anche una soltanto fosse al tempo del concepimento legata in matrimonio con altra persona (art. 170 1°). Non gioverebbe che il matrimonio si sciogliesse prima della nascita del figlio, perciocchè non cesserebbe di essere frutto dell'adulterio, considerato il suo concepimento;

2° I figli nati da persone, fra le quali non poteva sussistere matrimonio per vincolo di parentela o di affinità in linea retta in infinito, o per vincolo di parentela in linea collaterale nel secondo grado (art. 180 2°), cioè in quello nel quale il Re non può dispensare (art. 68).

I figli adulterini e incestuosi sono, per regola, colpiti da una incapacità assoluta: essi non possono essere riconosciuti neppure dal genitore che al tempo del concepimento era libero. Ma dall'essere assolutamente vietate le indagini sulla paternità e maternità adulterine ed incestuose (art. 193), ne risulta che un figlio, in realtà adulterino ed incestuoso, possa essere in senso giuridico considerato come semplicemente naturale, e perciò validamente riconoscibile. Quindi, se una donna libera abbia riconosciuto un figlio, senza indicarne il padre, che era ammogliato ad altra donna nel tempo in cui lo concepì, il riconoscimento sarà valido; al contrario sarà nullo se ne indichi il padre;, perocchè non può separarsi dall'atto di riconoscimento la paternità adulterina, che rivela l'incapacità del figlio ad essere riconosciuto.[2] Se il riconoscimento sia stato fatto congiuntamente in un medesimo atto

---

[1] Demolombe, V, 407; Aubry e Rau, IV, § 578 bis, pag. 678.

[2] Demolombe, V, 575; Aubry e Rau, IV, § 572, pag. 717; Laurent, IV, 143. Potrebbe è vero, opporsi che la dichiarazione della paternità adulterina fatta dalla madre non fa prova contro il padre; ma qui non si tratta di ciò; trattasi invece di constatare che per confessione della madre il figlio suo è adulterino.

da un uomo libero e da una donna maritata al tempo del concepimento o viceversa, sarà nullo anche in riguardo alla persona libera; perciocchè le dichiarazioni di paternità e di maternità, che risultano dal riconoscimento, sono in tal caso correlative e non possono essere separate l'una dall'altra; per la qual cosa resta impressa al figlio la qualità di adulterino.[1] Se il riconoscimento sia stato fatto separatamente dal padre e dalla madre, di cui uno congiunto in matrimonio al tempo del concepimento, sarà nullo quello fatto dalla persona coniugata, e valido quello fatto dall'altra; senza distinguere, quale delle due abbia fatto il riconoscimento, se la persona libera o coniugata; perciocchè il riconoscimento fatto dalla persona coniugata non producendo veruno effetto riguardo alla paternità o maternità dell'altra; questa paternità o maternità rimane per diritto semplicemente naturale, e perciò riconoscibile.[2] Per quanto poi concerne il riconoscimento de' figli incestuosi, anch'esso sarà valido, se fatto dall'uno de' genitori senza indicazione dell'altro;[3] al contrario

---

[1] Merlin, Rep. v° Filiation, n. 19; Demolombe, V, 574; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 718; Laurent, IV, 145.

[2] Merlin, loc. cit.; Duranton, III, 205 e 206; Toullier, 1, 415; Demolombe, V, 577; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 718; *contro* Laurent, IV, 146. Questi contro l'opinione comune, reputa nulli entrambi i riconoscimenti, anche nell'ipotesi che il primo sia stato fatto dal genitore libero; cosicchè l'altro potrebbe fare contro il divieto della legge il riconoscimento del medesimo figlio, all'effetto di privarlo del benefizio del riconoscimento fatto dal primo; imperocchè dal secondo riconoscimento, benchè nullo, risulta che il figlio è adulterino. A favore di questa opinione può trarsi argomento dall'articolo 193 3°. Tuttavia osservo che la disposizione di questo articolo è stabilita a favore del figlio, e non può perciò ritorcersi contro di lui. Nè deve trascurarsi che il genitore coniugato, facendo il riconoscimento della sua prole, lede sempre il diritto dell'altro, che senza il fatto di lui l'avrebbe potuta riconoscere validamente, e gli arreca ancora gravissima ingiuria nel caso che venga secondo a fare il riconoscimento, pubblicandolo per adultero. In fine posto ancora che l'opinione comune sia dubbia, deve preferirsi come più benigna dell'altra, che non è da senno certissima (consulta in questo senso la sentenza della Corte di Parigi, 17 sep. 1868, P. 68, 1213).

[3] Duranton, III, 197; Laurent, IV, 147.

sarà nullo, se fatto congiuntamente da ambedue i genitori; o da un solo coll'indicazione del cogenitore.[1] Ma se fosse fatto separatamente, sarebbe valido il primo, e nullo il secondo, nel quale si rivela l'incesto.[2]

I figli capaci possono essere riconosciuti, qualunque sia la loro posizione nella società o nella famiglia; sieno coniugati o liberi, abbiano o no figli.

Il riconoscimento può farsi senza il loro consenso, anzi contro loro voglia; salvo il diritto d'impugnarlo (art. 188).[3]

288. Il riconoscimento della prole può farsi subito dopo il suo concepimento, e prima della sua nascita, essendo esso cosa utile per lei, che perciò è da considerarsi come nata. Molto più può farsi dopo la nascita ed a qualunque età della medesima (articolo 181). La dichiarazione di gravidanza, che è stata ricevuta da un uffiziale competente per constatare i riconoscimenti de' figli naturali, equivale al riconoscimento del figlio; è però necessario che questi nasca entro tal termine che a giudizio del tribunale fosse veramente concepito dalla donna nel tempo della dichiarazione.[4]

Che anzi il riconoscimento di un figlio può farsi anche dopo la sua morte, non solo quando lasci discendenti legittimi; nel qual caso è diretto a giovare a questi; ma anche quando muoia senza prole, potendo interessare tale riconoscimento ai genitori

---

[1] Demolombe, V, 577 e segg.; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 717 e 718; Laurent, IV, 148 e 149.

[2] Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 718 testo e nota 10; *contro* Duranton (III, 201), che vuole preferito sempre il riconoscimento della madre, benchè posteriore a quello del padre; Taulier (I, 415), che dà la preferenza a quello dei due riconoscimenti che fosse scelto dal figlio; Demolombe (V, 580), che attribuisce all'autorità giudiziaria il potere di decidere quale de' due riconoscimenti debba ritenersi valido; e Laurent (IV, 149), che dichiara nulli entrambi i riconoscimenti (ma vedi pag. prec. nota 2).

[3] Toullier, II, 965; Duranton, III, 260; Demolombe, V, 422; Aubry e Rau, IV, § 568, pag. 673.

[4] Aubry e Rau, loc. cit.; Demolombe, V, 415.

che lo fanno, come, per esempio, affine di raccoglierne l'eredità (art. e arg. art. 196 e 748). [1]

Molto più il riconoscimento può farsi in qualunque periodo dell'assenza del figlio a favore suo, se vivo, e de'suoi discendenti legittimi o dei genitori, se morto. [2]

289. Il riconoscimento deve esser fatto nell'atto di nascita, o con un atto autentico anteriore o posteriore alla nascita, perchè sia garantita la libertà, la sincerità, la data certa, la conservazione e l'irrevocabilità del riconoscimento (art. 181).

Il riconoscimento è autentico, quando sia stato ricevuto colle richieste formalità da un pubblico uffiziale autorizzato nel luogo, ove l'atto è seguito, ad attribuirgli la pubblica fede (art. 1315).

Gli uffiziali competenti per redigere gli atti autentici di riconoscimento sono gli uffiziali dello stato civile ed i notari.

Gli uffiziali dello stato civile sono competenti per ricevere il riconoscimento di un figlio naturale non solo quando abbia avuto luogo nell'atto di nascita o della celebrazione del matrimonio de' suoi genitori, ma in qualunque tempo prima o dopo la nascita e in qualunque circostanza (art. 382, cong. coll'articolo 181). [3] Non è necessario di far ricorso all'uffiziale del comune, ove quegli che vuol fare il riconoscimento, o il figlio da

---

[1] Loiseau, Traité des enfants naturels, p. 44; Malpel, Des successions, n. 165; Valette sur Proudhon, II, 150; Demolombe, V, 416; Favard, Rép. v° Reconnaissance d'enfant naturel, sect. I, n. 6; Laurent, IV, 43. Sono in parte di contrario avviso Duranton, III, 265; Belost-Jolimont sur Chabot, obs. 2, art. 765; in quanto ammettono il riconoscimento per parte della sola madre, nel caso che il figlio non abbia lasciato discendenti. Sono pure di contrario avviso Delvincourt, I, 220; Vazeille, Des successions, art. 765, II; Aubry e Rau, IV, § 568, pag. 674 testo e nota 30, che non ammettono neppure il riconoscimento per parte della madre: questi due ultimi però riconoscono, che se la madre fosse stata indicata nell'atto di nascita e che tale indicazione fosse stata confermata da cure prestate al figlio, vi sarebbero gravi motivi per ammettere la validità del riconoscimento fatto dalla madre del figlio morto senza discendenti.

[2] Demolombe, V, 417; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 417.

[3] Duranton, III, 213; Demolombe, V, 409; Aubry e Rau, IV, § 568 bis, pag. 676; Laurent, IV, 53; consulta pure l'Archivio giuridico, V, 172 e seg.

riconoscere abbia il suo domicilio. [1] L'uffiziale dello stato civile deve redigere l'atto di riconoscimento secondo le forme ordinarie degli atti dello stato civile e iscriverlo nell'ordine di data nel registro delle nascite; e deve farne menzione in margine all'atto di nascita, quando vi sia (art. 382). [2]

Ma nè l'omissione delle formalità alle quali si trova subordinato il valore di prova degli atti dello stato civile, nè quella della iscrizione e della menzione suddetta producono, almeno necessariamente, la nullità del riconoscimento. [3]

I notari sono competenti nel loro circondario per ricevere gli atti di riconoscimento (art. 1315). Non è punto richiesto che l'atto di riconoscimento fatto per mano di notaio sia iscritto nei registri degli atti dello stato civile. [4]

Oltre che dagli atti fatti da uffiziali dello stato civile e da notari, il riconoscimento, giusta l'opinione comune, può risultare da atti ricevuti dall'autorità giudiziaria. [5]

Per quanto concerne l'atto autentico, non si richiede che abbia per speciale e principale oggetto il riconoscimento. A tal effetto si considera atto autentico, in ordine al riconoscimento, un testamento pubblico, non solo se il riconoscimento vi sia fatto con termini dispositivi, ma eziandio se con termini enunciativi; come il legato fatto ad una persona che il testatore chiama suo figlio naturale; una dichiarazione anche incidentale fatta dal padre o dalla madre nel contratto di matrimonio del figlio; un inventario re-

---

[1] Demolombe, Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Dott. cit. loc. cit.

[3] Delvincourt, I, art. 62; Demolombe, IV, 594; Aubry e Rau, IV, § 568 bis, pag. 676 testo e note 4 e 5.

[4] Demolombe, V, 397; Laurent, IV, 53.

[5] Per favorire il riconoscimento, e ammetterlo il più spesso e facilmente possibile, tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza si sono mostrate e si mostrano arrendevoli a ravvisare per atti autentici, validi per fare il riconoscimento, quelli ricevuti dall'autorità giudiziaria. Ma, come giustamente osserva il Laurent (IV, 47), l'equità, prevalsa anco qui sullo stretto diritto, ha suggerito decisioni non solo poco soddisfacenti, ma sinanco pericolose.

datto da notaio e simili.[1] In verun caso poi è necessario che siano adoperate espressioni sacramentali: basta che la volontà di fare un atto di riconoscimento sia chiaramente manifestata.

Al contrario non può considerarsi per riconoscimento fatto con atto autentico quello che fosse constatato da un semplice invito per lettera diretta all'uffiziale, quand'anche siasi annessa all'atto di riconoscimento; nè il riconoscimento fatto da un procuratore munito di mandato privato; e nemmeno il riconoscimento fatto in un testamento olografo (art. 774 e 775) o misto (art. 782-784).[2]

290. Come ogni altro atto, così il riconoscimento di un figlio naturale può essere inesistente e nullo o annullabile.

È inesistente in primo luogo, allorchè è stato fatto da una persona che non aveva qualità per farlo; ossia che è stato fatto da una persona diversa dal padre o dalla madre in nome loro, senza esservi debitamente autorizzata, come se sia stato fatto dall'ascendente del padre del figlio naturale in nome di quello, o dagli eredi in nome del defunto, o dal padre a nome della madre e viceversa.[3]

È in secondo luogo inesistente, quando il padre o la madre non aveva l'uso della ragione nel tempo in cui lo fece, sia per ubriachezza, sia per demenza.

È in terzo luogo inesistente il riconoscimento fatto avanti un uffiziale incapace, ossia incompetente non per territorio, ma per qualità, come se fosse stato fatto avanti il pretore o il prefetto; o fatto per atto privato.

Ogni persona interessata può invocare in ogni tempo l'inesistenza del riconoscimento, sia per via di azione, ove fosse mai il caso di sperimentarla, sia per via di eccezione.

---

[1] Consulta Merlin, Rép. v° Filiation, n. 6; Demolombe, V, 395 e seg.; Aubry e Rau, IV, § 568 bis, pag. 676 e seg.; Marcadé, art. 331; Laurent, loc. cit. e n. 54 e 55.

[2] Consulta Dott. cit., loc. cit.; Laurent, IV, 52.

[3] Vedi sopra n. 286.

Il riconoscimento poi è nullo o annullabile, o per incapacità del figlio riconosciuto, essendo adulterino o incestuoso; [1] o per difetto di forma, consistente o nell'incompetenza dell'uffiziale per ragion di territorio, o nell'inosservanza delle formalità prescritte dalla legge nell'atto autentico sotto pena di nullità; [2] o per falsità della filiazione riconosciuta, quando cioè un figlio scientemente o erroneamente [3] sia stato riconosciuto da persone che non sono i suoi genitori; [4] o per i vizi del dolo e della violenza invalidanti il consenso del riconoscitore. [5]

La nullità del riconoscimento per causa d'incapacità del figlio riconosciuto, per essere adulterino o incestuoso è assoluta. [6] È del pari assoluta la nullità del medesimo per difetto di forma

---

[1] Vedi sopra n. 287. Taccio dell'incapacità giuridica del riconoscitore; perchè giusta la dottrina da me seguita, è capace giuridicamente di fare il riconoscimento ogni persona capace di consenso (vedi sopra n. 286); ove perciò sia incapace di consenso, il riconoscimento sarà inesistente.

[2] V'ha chi ritiene che, quando l'atto autentico è nullo per difetto di queste formalità, il riconoscimento debba considerarsi come inesistente (Laurent, IV, 66); reputo invece con altri che esso esiste, ma che è affetto da una nullità assoluta (Demolombe, V, 394; Aubry e Rau, IV, § 568 bis, pag. 676; e § 568 ter, pag. 682).

[3] Quando si tratta di riconoscimento, l'errore cade necessariamente sulla persona del figlio riconosciuto; in questo senso che il riconoscitore crede di riconoscere un figlio suo, mentre in verità non è suo.

[4] La falsità della filiazione può essere provata con tutti i mezzi, non esclusi i testimoni e le presunzioni, benchè manchi un principio di prova scritta, o presunzioni e indizi suppletivi (consulta Demolombe, V, 441; Aubry e Rau, IV, § 568 ter, pag. 688-689).

[5] Suppongo che il dolo e la violenza non abbiano fatto riconoscere alla persona che ne fu vittima, un figlio non suo, nel qual caso si avrebbe riconoscimento di falsa filiazione (vedi la nota precedente); ma che le abbia fatto riconoscere un figlio suo, che però non avrebbe riconosciuto senza quel dolo o quella violenza.

[6] Viene supposto che il vizio della filiazione adulterina e incestuosa sia legalmente noto; cosicchè sia constante essersi riconosciuto un figlio adulterino o incestuoso. Ma se questi, benchè tale in realtà, debba ritenersi per diritto semplicemente naturale, il suo riconoscimento è inoppugnabile (vedi sopra n. 287).

e per falsità della filiazione. Tale nullità, perciò, può essere dimandata da ogni persona che vi abbia interesse (art. 188). L'interesse può essere morale e pecuniario. Quindi la nullità del riconoscimento può esser richiesta dallo stesso figlio riconosciuto, senza esser tenuto di reclamare ad un tempo un'altra filiazione paterna o materna, legittima o naturale (art. 188). Del pari possono dimandare la nullità del riconoscimento i genitori legittimi del riconosciuto, e nel caso in cui sia stato fatto da un uomo e da una donna, il primo che si pretende vero padre, può impugnare il riconoscimento fatto dalla seconda e viceversa. Medesimamente può impugnare il riconoscimento già fatto ogni persona che intenda riconoscere il medesimo figlio. In fine, tacendo di altre persone, può impugnare il riconoscimento la stessa persona che l'ha fatto; quand'anche scientemente abbia riconosciuto un figlio non suo. [1]

Al contrario la nullità del riconoscimento per i vizi del dolo e della violenza è relativa; e non può esser quindi richiesta che dal riconoscitore che ne fu vittima. [2]

Le nullità assolute del riconoscimento sono irreparabili e perpetue; nè quindi si estinguono per rinunzia o per prescrizione; [3] nè rimangono sanate dal possesso di stato conforme all'atto di riconoscimento. [4] Al contrario la nullità relativa dipendente dai vizi del dolo e della violenza, è soggetta alla prescrizione di trent' anni, trattandosi di atto concernente lo

---

[1] Consulta su queste diverse proposizioni, tenendo però conto di alcune discrepanze, Demolombe, V, 442 e seg.; Marcadé, art. 339; Aubry e Rau, IV, § 568 ter, pag. 687 e seg.; e § 572, pag. 719 e seg.; Laurent, IV, 67 e seg.; 147 e seg.

[2] Aubry e Rau, IV, § 568 ter, pag. 686 testo e nota 23; Laurent, IV, 67; consulta, ma intendi con discernimento, Demolombe, V, 439.

[3] Reputo che questa decisione sia applicabile anche quando la nullità dipenda dal difetto di forma, che produca la nullità dell'atto autentico; tuttavia consulta, tenendo però conto delle loro discrepanze, Demolombe, V, 451; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 689; Laurent, IV, 66.

[4] Consulta Demolombe, V, 481; Aubry e Rau, IV, § 568 ter, pag. 687 testo e nota 33, questi ultimi avevano insegnato il contrario nelle edizioni 1a e 2a.

stato della persona, e non di contratto risguardante interessi pecuniari; può inoltre essere sanata con la conferma espressa o tacita. [1]

291. Il riconoscimento fatto validamente è irrevocabile, anche prima che sia accettato da quello a cui favore fu fatto, [2] e nonostante che sia stato fatto in un testamento pubblico in seguito revocato, non solo per ministero della legge (art. 888-894), ma anche per fatto del testatore (art. 916-922); perchè da una parte la revoca non toglie a questo il carattere di atto autentico, e dall'altra il riconoscimento non ha nulla di comune colle disposizioni testamentarie; cosicchè la revocabilità di queste non si comunica a quello. [3]

292. Passiamo ora a vedere della dichiarazione della filiazione naturale, o delle indagini sulla paternità o maternità.

In tutti i casi, ne'quali è permesso il riconoscimento, può farsi luogo alla dichiarazione della paternità e della maternità mediante sentenza (art. 193).

L'azione diretta ad ottenere tale sentenza può chiamarsi azione d'indagine sulla paternità e sulla maternità.

Le indagini della paternità non possono farsi che in casi eccezionali; quelle sulla maternità per regola. Perciocchè la paternità, non essendo suscettibile di prova diretta, rimane sempre incerta, almeno sino ad un certo punto; cosicchè può farsi luogo a decisioni ingiuste. [4] Inoltre l'indagine della paternità, appunto per la difficoltà della prova, diviene il più

---

[1] Aubry e Rau, loc. cit.; Laurent, IV, 70 e 71.

[2] Demolombe, V, 454; Aubry e Rau, IV, § 568 quater, pag. 689 e seg.; Laurent, IV, 85.

[3] Rolland de Villargues, 237; Magnin, Des minorités, I, 223; Duranton, III, 219; Aubry e Rau, IV, § cit., pag. 690 testo e nota 2; Marcadé, 1035; *contro* Merlin, Rép. v° Filiation, 7, e v° Testament, sect. II, § 63; Demolombe, V, 455; Laurent, IV, 85.

[4] La storia della giurisprudenza de' paesi ove l'indagine della paternità era ammessa, ricorda che non tanto raramente donne che avevano fatto copia di sè a molti, prescegliessero fra essi il più ricco per attribuirgli la paternità più che dubbia della prole partorita. Che il divieto delle indagini della paternità sia

delle volte scandalosa, mentre al contrario la maternità è certa; per forma che riguardo a questa non si verifica punto il pericolo di decisioni ingiuste, ed è minimo lo scandalo della indagine per la facile prova del parto e della identità del figlio.

293. Le indagini sulla paternità non sono ammesse che nei casi di ratto o di stupro violento, quando il tempo di essi risponda a quello del concepimento. In effetto la coincidenza di questi due fatti fa nascere la massima presunzione che padre del figlio sia quegli che commise il ratto o lo stupro (art. 189).

Il concepimento si ritiene avvenuto nel tempo del ratto e dello stupro, se il figlio nasca non prima di centottanta e non dopo trecento giorni dal ratto e dallo stupro. Tale presunzione non è, in questa ipotesi, assoluta; perciò può essere distrutta con prova in contrario, quand'anche, sebbene con assai maggiore difficoltà, il ratto fosse durato per tutto l'intervallo de' centoventi giorni a cui può riportarsi il concepimento. [1]

Nulla rileva che la donna rapita o violentemente stuprata sia maggiore o minore. È però necessario che nè essa, nè l'autore del ratto o dello stupro fossero legati in matrimonio con altra persona, al tempo in cui il ratto o lo stupro avvenne e al quale si riferisce il concepimento; nè che fra loro fossero proibite le nozze per vincolo di parentela o di affinità, non dispensabile; perchè altrimenti la prole non potrebbe essere dichiarata, per essere nel primo caso adulterina, nel secondo incestuosa. Non rileva neppure che il ratto siasi compiuto con violenza o frode o per seduzione, secondo le disposizioni del Codice pe-

---

un male, niun dubbio; ma il permesso generale, assoluto delle medesime è anch'esso un male. Ora sovente il Legislatore trovasi nella necessità dolorosa di scegliere fra due mali il minore: è sembrato ad esso minore il divieto, che il permesso della ricerca della paternità.

[1] Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 691 testo e nota 12; Demolombe, V, 493; *contro* Marcadé, art. 342, II, not. 1, e art. 343.

nale, [1] e abbia avuto più o meno durata; [2] e che lo stupro sia stato unico o più.

Non è necessario che il ratto o lo stupro violento sieno preventivamente giudicati dal tribunale criminale. [3] Essi e le loro circostanze accessorie possono essere provati nel giudizio di dichiarazione della paternità con tutti i mezzi; quand'anche manchi il principio di prova scritta. [4] Ma quand'anche si verifichi l'uno o l'altro di questi due casi eccezionali, la dichiarazione della paternità non è obbligatoria per l'autorità giudiziaria; essa può ammettere o rigettare la dimanda; secondochè giudichi col suo prudente criterio. [5]

Le indagini sulla paternità non possono farsi in verun altro caso; essendo limitativa la disposizione dell'articolo 189. [6] E ove l'uno o l'altro caso non si verifichi, il divieto delle indagini della paternità è assoluto; e perciò ha effetto non solo pro e contro del figlio, ma pro e contro di tutti, qualunque interesse possano

---

[1] Valette su Proudhon, II, 137, not. *a* 1; Marcadé, art. 340, II; Demolombe, V, 490; *contro* Aubry e Rau, IV, § 569, pag. 699 testo e nota 14; Laurent, IV, 96. Quando il ratto ha luogo per seduzione, la donna gode della sua libertà; reputasi perciò, specialmente dall'ultimo de' nostri avversari, che in tal caso il ratto non rende probabile la paternità della prole, il cui concepimento può riferirsi al tempo del ratto medesimo. Per verità non mi apparisce la ragione, perchè non debba ritenersi resa meno incerta la paternità dal ratto di seduzione; forse l'abbandono volontario della donna che si è lasciata rapire, accenna con più efficacia alla probabilità che sia stata resa madre dall'autore del ratto, o se si voglia, dal complice della fuga. Per queste ragioni continuo a seguire l'opinione comune.

[2] Aubry e Rau, loc. cit., nota 11.

[3] Duvergier su Toullier, II, 941, nota *a*; Demolombe, V, 492; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 699; Laurent, IV, 96 e 100.

[4] Demante, Programme, I, 322; Demolombe, V, 495; Laurent, IV, 100.

[5] Questa decisione è incontrastabile, perocchè l'articolo 189 si limita a stabilire i casi ne'quali sono ammesse le indagini sulla paternità; e non crea punto una presunzione, neppure semplice, della paternità contro l'autore del ratto o dello stupro.

[6] C. C. Napoli, 31 gen. 1871, L. XII, 331; consulta pure il Proc. verb. 12, IV; e il Proc. verb. 21, IV.

avere a constatare la paternità del figlio; così per esempio, se un uomo abbia adottato un suo figlio naturale, da lui non riconosciuto, niuno può impugnare tale adozione, pretendendo di stabilire colla indagine della paternità l'incapacità del figlio ad essere adottato. Del pari i discendenti o gli ascendenti legittimi del testatore non possono pretendere di fare indagini sulla paternità dell' erede testamentario, per farlo dichiarare incapace di ricevere quanto dal preteso padre naturale gli è stato lasciato a senso dell'articolo 768. [1]

294. Al contrario, le indagini sulla maternità, siccome è stato accennato, sono ammesse per regola, cioè in tutti i casi; ben inteso però che si tratti di maternità semplicemente naturale e non adulterina o incestuosa; perchè altrimenti come non può aver luogo il suo riconoscimento, così neppure la sua dichiarazione. [2]

Nel giudizio intorno alle indagini sulla maternità il figlio che reclama la madre deve provare di essere identicamente quel medesimo che fu da lei partorito; cioè deve provare il parto della madre reclamata e la sua identità di figlio, risolvendosi in questi due elementi la prova complessa dell'identità del figlio partorito (art. 190).[3]

Questa prova può farsi simultaneamente e separatamente; e non è necessario che la prima preceda la seconda. La prova del parto, però, non deve ammettersi, se non quando si preveda che quella sulla identità non fallirà; perchè altrimenti si esporrebbe ogni donna, divenuta madre fuori di matrimonio, ad

---

[1] Non faccia difficoltà che l'adozione è fatta in frode della legge; la legge ha preveduto e tollera questa frode, benchè sia un male, per evitare il male maggiore del permesso generale ed assoluto delle indagini della paternità (consulta Merlin, Quest. de droit, v° Paternité, § 1; Duranton, III, 233; Laurent, IV, 89).

[2] Nel diritto francese la quistione è vivamente controversa e variamente decisa per influenza dell'articolo 340 del Codice Napoleonico. Quanto a me, reputo che nel nostro diritto anche le indagini sulla paternità siano ammesse soltanto a favore del figlio.

[3] Consulta Laurent, IV, 104.

essere chiamata in giudizio e disonorata dai qualsiasi figlio naturale e dai suoi rappresentanti legali e dai suoi eredi e discendenti.[1]

La prova, tanto del parto, quanto della identità del figlio, può farsi con tutti i mezzi ammessi dalla legge e conciliabili colla quistione di stato, che si agita;[2] può perciò farsi eziandio col mezzo de' testimoni. Ma per garantire la pretesa madre contro i serii pericoli di facili o venali testimoni, la legge non ammette la prova testimoniale, se non quando già vi sia un principio di prova per iscritto, o quando le presunzioni e gl' indizi risultanti da fatti già certi siano abbastanza gravi per determinarne l' ammissione (art. 190).[3]

Tanto il principio di prova per iscritto, quanto le presunzioni e gl' indizi debbono rendere verosimili i due fatti del parto e della identità del figlio. Se in effetto li rendano o no verosimili, è quistione di fatto, la cui soluzione è rimessa al criterio del giudice.[4]

Anco in questa materia il principio di prova per iscritto deve risultare da uno scritto proveniente dalla madre (art. 1347). Non può, al contrario, risultare dagli scritti altrui; nemmeno dai documenti di famiglia (arg. *a contr.* art. 175).[5] Fra gli scritti provenienti dalla madre e che possono costituire il principio di prova per iscritto qui richiesto, vanno noverate le lettere scritte da lei;[6] ma esse, come ogni scritto privato, debbono essere riconosciute da lei o verificate giudizialmente (art. 1321 e 1322). Deve esservi

---

[1] Demante, II, 170 bis, II; Demolombe, V, 501; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 705 e 706; Laurent, IV, 112.

[2] Il giuramento, sia decisorio, sia suppletorio, non può essere ammesso come mezzo di prova: la stessa confessione della pretesa madre non fa d'obbligo per il giudice piena prova della filiazione materna, che viene indagata.

[3] Consulta Torino, 16 sett. 1867, B. XIX, 2, 564.

[4] Consulta C. C. Torino, 13 mar. 1868, B. XX, 1, 270.

[5] Demolombe, V, 503; Aubry e Rau, IV, § 570, pag. 706; Laurent, IV, 111.

[6] Ricordo che le lettere confidenziali sono inviolabili (vedi sopra n. 244).

noverato eziandio il riconoscimento, che la madre abbia fatto, di un figlio per atto privato. Per altro tali ed altri simili scritti costituiscono, senza dubbio, un principio di prova per iscritto del parto; ma non bastano per se soli a costituirlo in ordine alla identità del figlio che fa le indagini sulla maternità; cosicchè in caso di contestazione della sua identità, dovrà o produrre altro scritto, come per esempio, un biglietto postogli indosso dalla madre nell'atto di mandarlo, subito dopo nato, all'ospizio de' trovatelli, e nel quale essa indicava il nome che desiderava gli fosse dato, o dovrà valersi di presunzioni e indizi, quali, esempligrazia, i segni particolari del suo corpo, indicati negli scritti della madre, le cure materne o quasi materne che ne ha preso, e più ancora il possesso di stato conforme al contenuto degli scritti di sua madre.

Questo possesso di stato può, senz'altro e come semplice fatto, provarsi col mezzo di testimoni; perciocchè non si mira con esso a provare l'identità del figlio, ma a renderla verosimile; affine di rendere ammissibile la prova testimoniale della identità medesima.

Quanto alle presunzioni e agl'indizi, essi possono essere molteplici e varii. Senza dubbio primeggiano fre essi le cure materne o quasi materne che la pretesa madre abbia avuto pel figlio; e molto più il possesso di stato che questi abbia avuto riguardo alla madre. [1]

295. Il diritto di fare le indagini sulla paternità e maternità appartiene al figlio; perocchè trattasi di reclamo di stato, ossia di un diritto essenzialmente e strettamente personale, in quanto ha

---

[1] Si noti che nel diritto francese le presunzioni e gl'indizi risultanti da fatti già certi non possono prendersi in considerazione per determinare l'ammissione della prova testimoniale. Ciò valga a render ragione, perchè nel nostro diritto io adotti decisioni giustamente rigettate nel diritto francese. Tenuto conto di ciò, consulta Merlin, Questions de droit, v° Maternité; Bonnier, Traité des preuves, n. 145; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 500 e seg.; Demolombe, V, 507 e seg.; Aubry e Rau, loc. cit.; Laurent, IV, 109-120.

per principale fondamento un interesse morale. Tuttavia, attesi gl'interessi pecuniari dipendenti dalla dichiarazione di paternità e maternità, queste possono essere ricercate eziandio dagli eredi o discendenti del figlio, a senso dell'articolo 178. Molto più può essere da loro continuata la dimanda che quegli ne avesse promossa (arg. art. 178 capov.).[1] Ove il figlio sia minore di età o maggiore interdetto, le indagini sulla paternità o maternità potranno farsi in suo nome e nel suo interesse dal suo tutore, quale suo legale rappresentante.[2]

Non possono, al contrario, farsi le indagini sulla paternità e maternità nè dai creditori del figlio, nè dagli eredi legittimi o testamentari del preteso padre o della pretesa madre; nè in generale da verun'altra persona all'infuori delle sunnominate; perocchè le indagini sulla paternità e sulla maternità sono ammesse dalla legge a favore e non contro del figlio (arg. art. 190 e arg. *a contr.* art. 191).

296. L'azione d'indagini della paternità o maternità deve esser diretta contro il padre o la madre che si reclama. Non osta al suo esercizio riguardo alla paternità, che l'uomo preteso da un figlio per suo padre, siasi ammogliato con donna diversa da sua madre[3] anco prima della nascita, ma dopo il concepimento di lui. La cosa stessa dicasi intorno alle indagini sulla maternità: il figlio nato da una donna dopo la celebrazione del matrimonio con un uomo diverso dal preteso padre e dal marito di lei disconosciuto, fu e rimane semplicemente naturale, e perciò capace, come di essere riconosciuto, così di essere dichiarato.[4]

---

[1] Nel diritto francese, giusta la disposizione formale dell'articolo 340 del Codice Napoleonico, le indagini sulla paternità possono farsi da qualunque persona vi abbia interesse. In mancanza di disposizione formale, la quistione nel nostro diritto deve essere risoluta coi principii generali, concernenti le azioni di stato, convalidati dalla disposizione dell'articolo 190, che riguarda le ricerche sulla maternità.

[2] Consulta Laurent, IV, 104.

[3] [4] Considero l'ipotesi che i pretesi genitori, per cui opera è avvenuto il concepimento, abbiano contratto matrimonio non fra loro, ma rispettivamente

L'azione d'indagini sulla paternità e maternità può promuoversi anche dopo la morte del padre o della madre; quindi per esempio, un figlio naturale potrà fare le indagini sulla sua maternità, per essere ammesso a raccogliere tutta o parte dell'eredità di sua madre.[1] In tale ipotesi l'azione deve essere promossa contro tutti gli eredi testamentari o legittimi del preteso padre o della pretesa madre.

297. L'azione d'indagini della paternità e maternità è imprescrivibile riguardo al figlio, nè può essere da parte di lui oggetto di rinunzia, transazione e compromesso; perciocchè, per esso trattasi di quistione di stato (art. 177 e 178). Ma gl'interessi pecuniari dipendenti dal suo stato sono soggetti a prescrizione e capaci di formare oggetto di convenzioni, a norma del diritto comune; quindi, per esempio, dopo trent'anni dall'apertura della successione dei pretesi genitori, non potrà più far valere i suoi diritti successorii.

Al contrario la medesima azione, in quanto compete agli eredi o discendenti del figlio, è soggetta a prescrizione; perchè non ha per base che il loro interesse pecuniario.[2]

298. Anche la dichiarazione della paternità e della maternità può essere impugnata dalle persone che vi abbiano interesse morale o pecuniario (art. 191).

299. Gli effetti del riconoscimento o della dichiarazione rimontano regolarmente al tempo della nascita, anzi del concepimento del figlio riconosciuto o dichiarato; perciocchè l'uno e l'altra non attribuiscono, ma dichiarano la filiazione del mede-

---

con diversa donna o con diverso uomo; perocchè celebratosi il matrimonio fra loro, la prole nascerà legittima. Che se per caso strano il preteso padre, divenuto marito della madre del figlio riescisse a disconoscerlo, è chiaro che le indagini della paternità contro di lui sarebbero impossibili; imperocchè negata in tale ipotesi al figlio la paternità del marito di sua madre, non può essergli attribuita la paternità naturale della medesima persona.

[1] Non vi ha disposizione di legge che vieti l'esercizio dell'azione d'indagini della paternità e maternità dopo la morte de' loro genitori.

[2] Demolombe, V, 514 e 515; Aubry e Rau, IV, § 570, pag. 710; Marcadè, art. 340-342, IV.

simo; di guisa che, se il riconoscimento ha luogo dopo la morte di lui, i genitori raccolgono la eredità come se fatto prima. Ma gli atti fatti validamente da esso prima del suo riconoscimento, come persona senza stato di filiazione, rimangono validi; così, esempligrazia, rimane valido il matrimonio celebrato da lui senza il consenso de' suoi genitori, che in seguito l'hanno riconosciuto.

Il riconoscimento e la dichiarazione constatano sì la filiazione, ma non provano l'identità del figlio. Ove perciò nasca controversia sopra di questa, dovrà esser provata dal figlio medesimo. Egli potrà valersi di tutti i mezzi, non esclusi i testimoni e le presunzioni, riguardo non solo alla maternità, ma eziandio alla paternità; quand'anche gli manchi un principio di prova per iscritto; o presunzioni e indizi suppletivi; perchè trattasi di provare non la filiazione materna o paterna, ma la semplice identità del figlio riconosciuto o dichiarato. [1] La medesima decisione è applicabile, ove si tratti di stabilire l'identità della madre o del padre che hanno fatto il riconoscimento, o sono stati dichiarati. [2]

Il riconoscimento e la dichiarazione sono efficaci nei rapporti del figlio riconosciuto o dichiarato e del padre suo e della sua madre, degli eredi di questi, e in generale de' terzi (arg. art. 188), anche nel caso che si tratti di figlio naturale di uno dei coniugi nato prima del matrimonio e riconosciuto o dichiarato durante il medesimo. [3] Questo figlio però non può essere introdotto nella casa coniugale, se non col consenso dell'altro coniuge, acciò non sia turbata la pace coniugale e domestica;

---

[1] Consulta Laurent, IV, 86.

[2] Consulta Laurent, IV, 87.

[3] Delvincourt, I, 90; Favard, Rép. v° Reconn. d'enfant naturel, sect. II, § 2, n. 2; Marcadé, art. 337, VIII; Massé e Vergé su Zachariae, I, 328; Demolombe, V, 466; Valette, Explication somm. p. 185; Aubry e Rau, IV, § 568 quater, pag. 693 testo e nota 16; *contro* Toullier, II, 958; Duranton, III, 255 e 256; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 492; Taulier, I, 434; Demante, II, 71 bis, IV, che reputano non sia applicabile alla dichiarazione il disposto dell'articolo 183.

salvo che quest' ultimo abbia prestato il suo consenso al riconoscimento (art. 183 e 192).

Per l' efficacia del divieto d' introdurre il figlio nella casa coniugale si richiede il concorso di queste due condizioni, cioè:

1° Che il figlio sia di uno de' coniugi e non d'ambidue; perchè in questo secondo caso l' altro coniuge non solo non deve essere male animato, ma più benvogliente verso il riconoscitore, per aver dato nome e diritti al frutto della comune colpa (art. 183);

2° Che il riconoscimento abbia avuto luogo durante il matrimonio: adunque se si fosse fatto prima della celebrazione del medesimo, il divieto cesserebbe, quand' anche il riconoscimento sia stato celato all'altro coniuge fino alla celebrazione del matrimonio;[1] o fosse impugnabile per vizio di dolo o per violenza e sia stato ratificato durante il matrimonio.[2] Che anzi se il riconoscimento si faccia durante il matrimonio e sopravvenga la separazione legale fra i coniugi, il coniuge riconoscitore o dichiarato potrà introdurre nella propria casa il figlio riconosciuto o dichiarato, cessando questa di essere coniugale. Reputo poi che questa decisione sia applicabile anche nel caso di separazione di fatto; mancando in fatto la ragione della legge.

Ma se il riconoscimento è stato fatto da un solo de' genitori, o contro un solo ha avuto luogo la dichiarazione, non ha effetto che riguardo a questo e non dà al figlio alcun diritto verso l'altro (art. 182).

300. Riconosciuta o dichiarata la filiazione, il legame naturale di parentela fra i genitori e la loro prole, acquista carattere civile, sebbene in limiti ristretti; eccetto che si tratti del matrimonio (art. 744-749, e art. 58 e 59).

Deriva innanzi tutto da questo principio, che il genitore che ha fatto il riconoscimento o cui riguardi la dichiarazione, si trovi investito di una potestà analoga alla patria e che si chiama

---

[1] Vedi Demolombe, V, 463.

[2] Vedi Demolombe, V, 464; Aubry e Rau, IV, § 568 quater, pag. 693.

tutela legale. Gli attributi di questa tutela legale sono i medesimi della patria potestà, stabiliti dagli articoli 221-227 e subordinati al disposto dell'articolo 233 (art. 184). Se il riconoscimento o la dichiarazione riguarda ambedue i genitori, la tutela compete di preferenza al padre (art. cit.).

Ne deriva pure che il figlio riconosciuto o dichiarato ha il diritto e l'obbligo di assumere il nome della famiglia di quello dei genitori che lo ha riconosciuto, o di cui è stato dichiarato figlio, o del padre, se il riconoscimento o la dichiarazione ha avuto luogo in riguardo alla filiazione tanto paterna quanto materna (articolo 185). Non sarebbe privato il figlio di tal diritto da un formale diniego del genitore nell'atto stesso del riconoscimento e neppure se ne avesse fatto una condizione del riconoscimento, non potendo essere in potere di lui impedire quell' effetto legale del riconoscimento e della dichiarazione. [1]

Ne deriva in fine, tacendo di quanto concerne il matrimonio e l'adozione del figlio riconosciuto o dichiarato (art. 66, 82, 104, 108 e 208), che i genitori del medesimo hanno l'obbligo di educarlo, istruirlo ed avviarlo ad una professione o ad un'arte (art. 186).

Tutto ciò in ordine ai diritti e doveri morali.

Quanto poi ai diritti e obblighi pecuniari, oltre il diritto reciproco di successione (art. 744 e 750), i genitori sono tenuti a mantenere il figlio e a somministrargli gli alimenti anche dopo compiutane l'educazione, l'istruzione e l'avviamento ad una professione o ad un'arte; semprechè per altro si trovi in bisogno. Tale obbligo però grava sui medesimi, quando il figlio loro non abbia coniuge o discendenti in condizione di somministrarglieli; altrimenti tale obbligo graverà prima sul coniuge, quindi sui discendenti di lui, in ragione dell' intimità e del valore del vincolo che li unisce (art. 186).

---

[1] Merlin, Rép. v° Nom, § 1, n. 2; Toullier, II, 973; Proudhon, II, 139; Demolombe, V, 543; Aubry e Rau, IV, § 572, pag. 716.

Alla sua volta il figlio deve gli alimenti ai genitori, quando questi non abbiano ascendenti o discendenti legittimi o coniuge che siano in grado di somministrarglieli (art. 187).

L'obbligazione di mantenere, educare, istruire, avviare ad una professione o ad un'arte e di somministrare gli alimenti grava sui genitori non solo verso il figlio, ma eziandio verso i discendenti di lui, quando la loro madre o gli ascendenti materni non siano in grado di provvedervi (art. 186 capov.).[1] Ciò è vero tanto se il figlio sia premorto, quanto se sia in vita e non si trovi in condizione di provvedervi (art. 186 e arg. art. 142).[2]

Del resto il figlio naturale, anche non riconosciuto nè dichiarato, è capace di tutti i diritti civili (art. 1 e 7). Godrà quindi anche dello stato di famiglia che esso col matrimonio si creerà, e di tutti i diritti annessivi, sia come coniuge, sia come genitore.

§ II.

DELLA LEGITTIMAZIONE DE' FIGLI NATURALI

SOMMARIO

---

[1] L'articolo 186 considera solamente il caso che il figlio sia premorto; e in questo caso presuppone che egli non lasci beni. Ma senza dubbio, se il figlio sia in vita e non abbia beni per provvedere ai bisogni dei suoi discendenti; nè in miglior condizione si trovi il suo coniuge o gli ascendenti di quest'ultimo, è obbligo dei genitori che lo hanno riconosciuto, di provvedervi essi, essendo pur sempre ascendenti dei nati dal loro figlio.

[2] Demolombe, VI, 610; Aubry e Rau, IV, § 571, pag. 713.

301. Siccome fu già detto, i figli naturali, oltre ad essere riconosciuti o dichiarati tali, possono eziandio essere legittimati.

La legittimazione è un mezzo legale, che attribuisce ai nati fuor di matrimonio la qualità di figli legittimi. Essa si opera per susseguente matrimonio contratto fra' genitori del figlio naturale o per decreto reale (art. 194).

Possono essere legittimati tutti i figli naturali de'quali è permesso il riconoscimento (art. 195). Sono adunque incapaci ad essere legittimati i figli adulterini e incestuosi, a senso dell'articolo 180. Anche nella legittimazione deve riguardarsi il tempo del concepimento e non della nascita. Per istabilire il tempo del concepimento, è opinione comune che i figli possano valersi della presunzione stabilita dall'articolo 160 per impugnare la paternità o maternità adulterina che fosse loro opposta, e sostenere invece, essere questa semplicemente naturale, e poter quindi godere del benefizio della legittimazione. [1] Donde segue che, se in base di tale presunzione i genitori siano stati liberi nel tempo del concepimento e l'un de' due si trovasse coniugato nel tempo della nascita del figlio, questi potrebbe essere legittimato o per decreto reale, o per susseguente matrimonio che, dopo sciolto il primo, contraessero fra di loro i medesimi suoi genitori.

Del resto non rileva che nel momento del concepimento non si fosse potuto contrarre matrimonio dai genitori per un altro qualunque impedimento, come la mancanza di età, l'interdizione, il lutto vedovile ecc.; ed anche la parentela, l'affinità delle quali il Re può dispensare; perciocchè i figli nati da persone congiunte o affini in tal grado non sono incestuosi (art. 180 2°). [2] Neppure rileva che i figli siano nati da un matrimonio nulla-

---

[1] Merlin, Rép. v° Légitimation, sect. II, § 2, n. 7; Toullier, II, 915 e 916; Marcadé, art. 331, III; Aubry e Rau, IV, § 546, pag. 597; Demolombe, V, 346, 351 e 360; Mourlon, I, 476; *contro* Laurent, IV, 174.

[2] Per le quistioni che su questo punto si agitano sotto il Codice Napoleonico, che non definisce i figli incestuosi, vedi Toullier, II, 933; Loiseau, Des enfants

mente contratto in mala fede o da un commercio assolutamente libero.[1]

Regolarmente la legittimazione non può aver luogo che in vita del figlio che vuole legittimarsi; perciocchè allora soltanto può produrre i suoi effetti legali. Tuttavia è permessa la legittimazione dei figli premorti, quando ne esistano discendenti di qualunque grado. Allora la legittimazione giova a questi, come se fosse stata fatta in vita del loro ascendente, divenendo discendenti legittimi dello stesso legittimante (art. 196). È però necessario che i discendenti siano legittimi, altrimenti rimarranno naturali, non essendo essi legittimati; nè in veruna guisa potranno profittare della legittimazione del loro ascendente. Che anzi in questa ipotesi non può neppure aver luogo la legittimazione di lui (art. e arg. art. cit.).[2]

302. La legittimazione, come abbiamo detto, si opera o per matrimonio o per decreto reale.[3]

Il matrimonio susseguente alla nascita della prole ha la virtù di legittimarla, ritenendolo la legge contratto per pietosa finzione sin dal tempo in cui essa fu concepita, avuto benigno riguardo alla intenzione che i suoi genitori in quel tempo avranno avuto, di contrarlo.

Ogni matrimonio legittimo ha la virtù di produrre la legittimazione. Quindi la produce il matrimonio *in extremis*;[4] e il

---

naturels, p. 262; Allemand, Du mariage, II, 651, 654; Merlin, Rép. v° Légitimation, sect. II, n. 9; Proudhon e Valette, II, p. 165 e 168; Marcadé, art. 331, II; Aubry e Rau, IV, §. cit. pag. 596; Taulier, I, 404; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 474; Demante, II, 67 bis, IV-VI; Demolombe, V, 352-356; Laurent, IV, 175.

[1] Merlin, Rép. v° Légitimation, sect. II, § 2; Demolombe, V, 345; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 597.

[2] Si noti che l'articolo 796 autorizza la legittimazione de' figli premorti *in favore* dei loro discendenti; quando adunque questi non possono trar profitto dalla medesima, cessa necessariamente la disposizione di legge con la sua ragione essenziale.

[3] Consulta il Proc. verb. 12, V.

[4] Vedi sopra n. 106.

matrimonio contratto da una persona legata da voti solenni; cioè o da un prete o da un frate o da una monaca.[1]

Pari virtù ha il matrimonio putativo.[2]

Ma perchè il matrimonio operi la legittimazione, si richiede il riconoscimento o la dichiarazione del figlio da parte d'ambedue i genitori; affinchè sia constatata la sua filiazione paterna e materna, vietata com'è la ricerca della prima, e permessa la seconda sotto condizioni gravi, sicchè entrambe potrebbero rimanere ignorate. Non rileva che il riconoscimento o la dichiarazione abbiano avuto luogo prima, nel tempo della celebrazione del matrimonio o dopo (art. 197 cong. art. 192 e 183).[3] Se l'uno dei genitori abbia riconosciuto il figlio, e l'altro sia stato dichiarato tale, la legittimazione si opererà egualmente.

Il matrimonio opera la legittimazione di pieno diritto, cioè indipendentemente da ogni manifestazione di volontà da parte dei genitori e dal consenso del figlio.[4] I genitori possono sì non riconoscere i figli naturali, e per tal via impedire indirettamente che si operi la legittimazione; ma celebrato il matrimonio e avvenuto in qualunque tempo il riconoscimento o la dichiarazione, la legittimazione non può essere impedita. Del pari il figlio rico-

---

[1] Vedi sopra n. 122; Merlin, Rép. v° Légitimation, sect. II, § 2; Laurent, IV, 167.

[2] Vedi sopra n. 189.

[3] Noto che sotto il Codice Napoleonico l'opinione prevalente e più giuridica è che la dichiarazione avvenuta dopo il matrimonio, non valga a far produrre al matrimonio la legittimazione; ma quel Codice, a differenza del patrio, nega gli effetti al riconoscimento e perciò anche alla dichiarazione avvenuta durante il matrimonio, e richiede che il riconoscimento all'effetto della legittimazione sia fatto prima o nell'atto della celebrazione del matrimonio; affine di rimuovere il pericolo di riconoscimenti frodolenti; ragione questa che parmi non abbia gran valore; essendo da una parte possibile l'accordo frodolento fra coniugi, prima della celebrazione del matrimonio; e potendo dall'altra impugnarsi sempre il riconoscimento di una filiazione falsa.

[4] Delvincourt, I, 218; Duranton, III, 179; Demolombe, V, 365; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 595; Marcadé, art. 331, I; Mourlon, I, 931; Laurent, IV, 165.

nosciuto o dichiarato, o chiunque vi abbia interesse, può contestare il riconoscimento o la dichiarazione, ma se questi sussistano validamente, la legittimazione non potrà essere impedita dal nudo volere del figlio. [1]

303. Il decreto reale non opera la legittimazione se non quando concorrano le seguenti condizioni:

1° Che sia domandata dai genitori stessi, o da uno di essi; quantunque l' altro sia vivente; [2]

2° Che il genitore, il quale la domanda, non abbia figli legittimi o legittimati per susseguente matrimonio, nè discendenti da essi;

3° Che il medesimo genitore si trovi nella impossibilità di legittimare il figlio per susseguente matrimonio; vanamente perciò addurrebbe che, sebbene il matrimonio sia possibile, egli non può contrarlo per gravi motivi; [3]

4° Che ove il richiedente sia vincolato a matrimonio, consti del consenso dell' altro coniuge (art. 198).

Qualora poi uno dei genitori abbia espressa in un testamento od in un atto pubblico la volontà di legittimare i figli naturali; questi possono dopo la morte di lui dimandare la legittimazione, semprechè al tempo della morte concorressero le condizioni seconda e terza qui sopra espresse. In questo caso inoltre la domanda deve essere comunicata a due fra i più prossimi parenti del genitore entro il quarto grado (art. 199).

Le formalità per ottenere il decreto reale di legittimazione sono queste. La dimanda di legittimazione, accompagnata dai documenti giustificativi, deve essere presentata alla corte di appello nel cui distretto il richiedente ha la sua residenza. La corte, sentito il pubblico ministero, dovrà dichiarare in camera di consiglio, se concorrono le condizioni stabilite dai suoi precedenti articoli, e conseguentemente potersi o non potersi fare

---

[1] Delvincourt, I, 219; Duranton, III, 180; Demolombe, V, 366; Aubry e Rau, Marcadè, Mourlon, loc. cit.

[2] Consulta il Proc. verb. 13, I.

[3] Consulta il Proc. verb. 12, VI.

luogo alla dimandata legittimazione. Se la deliberazione della corte di appello è affermativa, il pubblico ministero dovrà trasmetterla coi relativi documenti, e colle informazioni assunte di uffizio al ministero di grazia e giustizia, il quale, sentito il parere del consiglio di Stato sulla convenienza della legittimazione, ne dovrà fare relazione al re (art. 200).[1]

Se il re accorda la legittimazione, il decreto reale dovrà essere indirizzato alla corte che avrà dato il parere. Dovrà pure essere trascritto in apposito registro, e annotato per cura delle parti interessate, in margine all' atto di nascita del figlio (art. 200).

304. Ove si tratti di legittimazione per matrimonio, essa viene necessariamente a caducare, se venga annullato il riconoscimento o la dichiarazione della filiazione, giusta le regole superiormente esposte, alla cui applicazione non osta punto la susseguita legittimazione.[2]

Del pari impugnato vittoriosamente il riconoscimento o la dichiarazione, rimane annullata la legittimazione per decreto reale. Questa inoltre potrà essere annullata per difetto di forma.

305. La legittimazione conferisce al figlio legittimato i diritti dei figli legittimi, senza distinguere se siasi operato per susseguente matrimonio o per decreto reale (art. 197, 201).

Ma l'acquisto di tali diritti non si fa dal legittimato sempre nello stesso tempo. Se la legittimazione si è operata per susseguente matrimonio, egli acquista tali diritti dal giorno della celebrazione del medesimo, se è stato riconosciuto da ambidue i genitori nell' atto del matrimonio od anteriormente; oppure dal giorno del riconoscimento, se questo fu posteriore al matrimonio (art. 197). Nel caso che uno de' genitori l'avesse riconosciuto prima o nell'atto del matrimonio, e l'altro dopo, i medesimi diritti non si acquistano da lui se non dal giorno del secondo riconoscimento, nel quale in realtà si opera la legittimazione; perciocchè prima non consta legalmente che questi sia il cogenitore del figlio che si pretende legittimato. Le stesse regole

---

[1] Consulta il Proc. verb. 12, VII.

[2] Consulta, fra gli altri, Laurent, IV, 180, 186.

sono applicabili al caso in cui la filiazione sia dichiarata anzichè riconosciuta.

Se la legittimazione siasi operata per decreto reale, i suoi effetti non si producono che dal giorno dell'ottenuto decreto (art. 201).

È superfluo notare che la legittimazione produce effetto riguardo ad ambidue i genitori o ad un solo; secondo che siasi fatta da ambidue, come sempre avviene in quella per susseguente matrimonio, o da un solo, come può accadere in quella operatasi per decreto reale (art. e arg. art. 201).[1]

SEZIONE II.

DELLA FILIAZIONE INCESTUOSA E ADULTERINA

SOMMARIO

306. Si è dimostrato superiormente che la filiazione adulterina e incestuosa non può esser riconosciuta o dichiarata nè a favore nè contro del figlio, nè per via di azione nè di eccezione (art. 193).[2]

Tuttavia l'una e l'altra possono risultare in primo luogo da una sentenza civile o penale (art. 193). Le sentenze civili possono essere quelle pronunziate sulle dimande di denegata paternità, di reclamo di stato contro una donna maritata, quando sia provato che il figlio non ha per padre il marito di lei (art. 176),[3] e di contestazione della legittimità. A rigore

---

[1] Consulta il Proc. verb. 12, VIII.

[2] Vedi sopra n. 285.

[3] Marcadé, art. 335, III; Aubry e Rau, IV, 713; Demolombe, V, 587.

da tali sentenze non può risultare che la maternità, quand'anche fondamento dell'azione di denegata paternità sia l'adulterio, il celamento del parto e l'impossibilità morale delle visite coniugali; perciocchè dal non appartenere il figlio al marito di sua madre non risulta, almeno in modo necessario, che appartenga al complice di lei; perciocchè potrebbe avere avuto relazioni adultere anche con altri uomini. Possono ancora comprendersi nella stessa categoria le sentenze che avessero ammesso indagini sulla paternità e sulla maternità, e venga in seguito constatato autenticamente che nel tempo in cui la prole fu concepita, suo padre era coniugato con donna diversa da sua madre o viceversa.[1] Le sentenze penali poi possono essere di procurato aborto (quando ben s'intende il figlio non ne sia morto), di tentato infanticidio, di ratto o di stupro violento con pregnanza e simili. Tali sentenze però constatano sì la paternità o la maternità, ma non la identità della prole: ove perciò questa venga contestata, dovrà provarsi da essa. A tal uopo può servirsi di tutti i mezzi, non esclusi i testimoni e le presunzioni, quand'anche manchi un principio di prova scritta o presunzioni e indizi suppletivi; perciocchè in mancanza di disposizione speciale tal prova deve esser regolata dal diritto comune.

Possono in secondo luogo risultare da un matrimonio dichiarato nullo per bigamia o per incesto (art. 193, 2°). Il matrimonio, oltre che nullo, deve essere stato contratto in mala fede da ambedue i coniugi; perciocchè altrimenti la filiazione sarebbe legittima o legittimata[2] e non mai adulterina o incestuosa. La sentenza che dichiara la nullità di tale matrimonio constata tanto la paternità quanto la maternità.

In fine possono risultare da esplicita dichiarazione per iscritto dei genitori (art. 193, 3°). Lo scritto può essere autentico e privato, e di qualunque specie; così un atto autentico o privato di riconoscimento, quantunque nullo come tale, basta a provare

---

[1] Dott. cit. loc. cit.

[2] Vedi sopra n. 189, pag. 200 testo e nota 1.

la filiazione adulterina o incestuosa.[1] Del pari la filiazione adulterina o incestuosa può risultare da lettere. Ma è fuor di dubbio che alla esplicita dichiarazione non equivale mai il possesso di stato.

307. La paternità e maternità adulterina o incestuosa, constatata che sia ne' modi sopraddetti, non produce altro effetto se non di conferire il diritto degli alimenti al figlio che si trovi in bisogno. Questo diritto può farsi valere da lui eziandio sulla successione de' suoi genitori (art. 752). Viventi i genitori, la quantità degli alimenti si misura a norma del diritto comune (arg. art. 143, e arg. *a contr.* art. 141). Ma dopo la loro morte devono essere assegnati in proporzione non solo del bisogno del figlio e delle sostanze del padre o della madre, ma eziandio del numero e della qualità degli eredi legittimi (art. 752). Tale diritto gli appartiene quando anche il padre o la madre l'abbiano avviato ad una professione o ad un'arte (arg. art. 186).

Ma oltre agli alimenti, non può pretendere di essere educato, istruito od avviato ad una professione o ad un'arte (arg. *a contr.* art. 186).

Quanto alla capacità del figlio adulterino o incestuoso di ricevere per testamento o per donazione da' suoi genitori, essa è del pari ristretta agli alimenti (art. 767 e 1053); di modo che se la disposizione ecceda la misura di questi, dovrà essere ridotta;[2] e se il figlio non si trova in bisogno potrà essere annullata sulla domanda di ogni persona interessata.[3] A questo riguardo è applicabile al figlio adulterino o incestuoso la disposizione dell'art. 773 sulle presunzioni ed interposizioni di persone per simulare disposizione a favor suo.[4]

Il diritto agli alimenti sul patrimonio del figlio vivo o morto non è reciproco, cioè il padre e la madre non possono dimandarli nè al figlio, nè ai suoi eredi (arg. *a contr.* art. 186, art. 752).[5]

[1] Motivi dei Codici per gli Stati sardi, I, art. 180-187, pag. 242.
[2] Demolombe, XIV, 132; Aubry e Rau, IV, § 572, pag. 725.
[3] Demolombe, Aubry e Rau, loc. cit.
[4] Duranton, VIII, 246; Demolombe, V, 600; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 724.
[5] Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 726; *contro* Demolombe, IV, 19.

Non sono però incapaci di ricevere per testamento o per donazione dal figlio loro, a norma del diritto comune, quasi fossero persone estranee; perciocchè non v'ha legge che li colpisca di tale incapacità. Ma non hanno verun diritto sulla successione intestata di lui; cosicchè ne rimangono esclusi dallo Stato. [1]

Parimente la constatazione della filiazione adulterina o incestuosa non conferisce al padre o alla madre nè la patria potestà, nè la tutela legale sulla persona e sui beni del figlio, meno per ciò che concerne l'obbligo di onorarli e rispettarli e sue legali conseguenze; [2] ma attribuisce al figlio il diritto di portare il nome della famiglia del padre o della madre, secondo che è provata la paternità o la maternità insieme, o questa soltanto. [3] Nè manco stabilisce verun vincolo di parentela civile fra i figli adulterini o incestuosi e i congiunti e gli affini de' loro genitori (arg. *a maiori* art. 749); [4] salve le disposizioni speciali concernenti il matrimonio.

Ma il figlio adulterino o incestuoso in se medesimo gode dei diritti civili, come il figlio semplicemente naturale.

308. Le anzidette decisioni sono applicabili al figlio semplicemente naturale che non possa fare indagini sulla sua paternità, ma che possa provar questa con uno dei tre mezzi sopraddetti. [5] Del pari sono applicabili al figlio semplicemente naturale che, sebbene possa, non voglia fare le indagini sulla sua maternità; la quale del pari risulti da uno dei tre sopraddetti mezzi. [6]

---

[1] Demolombe, V, 594.

[2] Demolombe, V, 598; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 723.

[3] Demolombe, V, 596; Aubry e Rau, loc. cit.

[4] Demolombe, V, 601.

[5] Consulta il Proc. verb. 21, IV; Napoli, 24 giug. 1869, B. XXI, 2, 430; C. C. Napoli, 9 mar. 1871, L. XII, 376.

[6] Incontestabile l'applicazione delle decisioni al caso antecedente, non può al certo trovare difficoltà nel caso susseguente.

TITOLO VII.

Della Adozione [1]

SOMMARIO

309. Transizione all' adozione. Che cosa sia. Quali persone possano adottare ed essere adottate. Condizioni richieste a tale effetto nelle une e nelle altre. In qual tempo debbono esistere tali condizioni.
310. Delle forme dell'adozione. Forma intrinseca. Consenso dell' adottante e dell'adottato, e de' loro genitori e coniugi; o approvazione del consiglio di famiglia o di tutela, se l'adottato è minore, e manchi de' genitori. Revoca del consenso.
311. Seguito. Forma estrinseca. Modo di prestare tale consenso. Omologazione dell'atto di consenso. Pubblicazione e annotazione dell'atto di adozione. L'omologazione dell'atto di consenso e le susseguenti formalità potranno aver luogo, dopo che l'adottante o l'adottato fossero colpiti da infermità mentale o venissero a morire?
312. Dell' inesistenza e della nullità dell'adozione. Quali siano le cause dell'una e dell'altra. Dei caratteri della nullità. Da chi ed entro qual tempo possa, secondo casi, essere dimandata. È o no sanabile? L'adozione è irrevocabile?
313. Degli effetti dell'adozione. Crea rapporti di parentela civile fra l'adottante e l'adottato: conseguenze. Questi rapporti si estendono ai rispettivi parenti? L'adozione modifica punto i rapporti della parentela legittima?

309. Passiamo ora alla filiazione civile, che deriva dall' adozione.

L' adozione è un atto giuridico, il quale crea fra due persone rapporti civili di paternità o maternità e di filiazione. È stata istituita nell' intento di consolare quelli, cui la natura negò o tolse i figli, ed anche per soccorrere gli orfani e i figli d'ignoti genitori. Imita la natura, ma in modo assai imperfetto.

Possono adottare tutte le persone dell' uno e dell' altro sesso, coniugate o no, legate o no da voti solenni. [2] È però necessario che si verifichino parecchie condizioni.

---

[1] L' adozione non figurava nel progetto Pisanelli; ma fu ristabilita dalla Commissione del Senato (vedi la Relazione Vigliani).

[2] Valette su Proudhon, II, 244, e Explicat. somm. p. 204; Rissé, De l'adoption, p. 50; Massé e Vergé, I, 343 e 344; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 516;

Innanzi tutto è necessario che esse abbiano compiuto i cinquant'anni, acciò non sieno prima stornati dal matrimonio. È indifferente che appartengano all'uno o all'altro sesso (art. 202).

È necessario in secondo luogo che superino almeno di diciotto anni l'età di quello che intendono di adottare, sia perchè imitandosi con l'adozione la natura, fa d'uopo che siavi fra l'adottante e l'adottato quella differenza di età minima che passa ordinariamente fra i genitori naturali e i loro figli, sia perchè la differenza di età favorisce quel sentimento di autorità e di rispetto che deve informare i rapporti fra l'adottante e l'adottato (art. 202).

In terzo luogo è necessario che non abbiano nel momento dell'adozione discendenti legittimi o legittimati, mancandone allora lo scopo (art. 202). I figli legittimi fanno ostacolo all'adozione, quantunque semplicemente concepiti nel tempo dell'adozione; perciocchè l'impedimento dell'adozione giova ad essi (arg. art. 737);[1] salvo che non siano stati concepiti prima del matrimonio, nel qual caso non faranno ostacolo all'adozione che dal giorno della celebrazione del matrimonio, fatta

---

Demolombe, VI, 54 e 55; Aubry e Rau, IV, § 556, pag. 637; C. C. Paris, 26 nov. 1844; Laurent, IV, 202; *contro* Delvincourt, I, 95, not. 1; Duranton, II, 286; Marcadé, art. 346, III. Quegli che è vincolato da voti solenni può adottare, anche se gli si nega la capacità di contrarre matrimonio, perciocchè l'adozione non è una finzione del matrimonio, ma della paternità, e quegli può avere figli legittimi generati prima de' voti solenni. In una parola il sacerdozio o il monachismo non è inconciliabile con la paternità. Così il dotto avvocato che dettò le osservazioni pubblicate dalla Gazzetta de'Tribunali di Genova (an. XVIII, n. 4) nel mentre impugna la validità del matrimonio dei preti, ammette l'adozione. « Questa decisione (C. C. Paris, cit.) è sapientissima e conferma la regola che interdice ai preti il matrimonio. I canoni, mentre non parlano di adozione, vietano il matrimonio..... aggiungeremo che nella cattolicità abbiamo in Giovanni ottavo l'esempio di un Papa che adotta, a cui piacque di avere per figlio adottivo Bosone il quinto re d'Arles. »

[1] Toullier, II, 986; Duranton, III, 278; Demante, II, 76 bis, III; Demolombe, VI, 46; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 635, not. 5, Marcadé, art. 243-246, VI; Mourlon, I, 987; Laurent, IV, 198.

prima della loro nascita.[1] Se il figlio nasca prima di cento ottanta giorni, o dopo trecento giorni dall'atto dell'adozione, si riterrà nel primo caso concepito nel tempo di tal atto; nel secondo no; perciocchè, come più volte si è detto, la gestazione non può durare meno di centottanta giorni, nè più di trecento giorni. Ma se nasca nell'intervallo dai centottanta ai trecento giorni, non si potrà in base alla presunzione stabilita dall'articolo 160 riferire il concepimento in qualunque istante di tale intervallo, secondo che giova al figlio concepito; perciocchè tale presunzione è stabilita esclusivamente a favore della legittimità. In tale ipotesi perciò la quistione intorno al tempo del concepimento dovrà decidersi dal giudice col suo criterio; egli però potrà tener conto della nota legge fisiologica della durata massima e minima della gestazione. Ove quindi venga risoluto, essere stato il figlio concepito dopo l'adozione, esisterà questa terza condizione.[2] I figli legittimati fanno ostacolo all'adozione dal giorno della loro legittimazione, fatta per susseguente matrimonio o per decreto reale.[3] Anche i figli già adottati e tuttora esistenti formano impedimento all'adozione (arg. art. 203). Ma i figli naturali, benchè riconosciuti o dichiarati, non fanno ostacolo all'adozione, differendo notevolmente dai legittimi e dai legittimati.[4] L'assenza in verun periodo non equivale alla morte, neppure all'effetto di rendere possibile l'adozione.[5]

È richiesto in quarto luogo che le persone, le quali vogliono adottare, godano buona fama (art. 215, 2°); acciò l'adozione non veli secondi e vituperevoli fini. Nel giudicarne, i tribunali hanno libero arbitrio.

---

[1] Duranton, Aubry e Rau e Marcadé, loc. cit.

[2] Marcadé, art. 343-346, IV; Demante, II, 74 bis, III; Demolombe, VI, 15 e 17; Aubry e Rau, IV, § 556, pag. 636 testo e nota 4; Mourlon, I, 987. Consulta tuttavia Laurent, IV, 198.

[3] Vedi sopra n. 305.

[4] Duranton, Aubry e Rau, loc. cit.; Demolombe, VI, 18; Marcadé, art. cit. V; Mourlon, I, 986; Demante, II, 76 bis, I; Laurent, IV, 197.

[5] Demolombe, VI, 21.

In fine debbono preventivamente render conto della loro amministrazione, se mai fossero tutori della persona da adottare (art. 207).

Possono poi essere adottate tutte le persone dell' uno e dell' altro sesso che riuniscano le condizioni volute dalla legge.

Da questa si richiede in primo luogo che la persona da adottarsi abbia compiuto almeno diciotto anni (art. 206); perciocchè passando a far parte civilmente della famiglia degli adottanti e contraendo verso questi degli obblighi, deve poter prestare un consenso convenientemente serio e maturo.

In secondo luogo si richiede che la persona da adottarsi non sia stata già adottata da altri (art. 204). Nulla rileva che il primo adottante sia morto nel giorno che voglia farsi la seconda adozione, essendo da una parte assoluta la disposizione di legge, e dall' altra non è possibile neppure che un figlio abbia successivamente più padri o più madri adottive, come non può avere più padri o più madri naturali.[1] Ma il coniuge del primo adottante vivo o morto può adottare lo stesso adottato; perciocchè in questo caso si ha un'imitazione regolare della natura (art. 204).

Inoltre più persone possono essere dalla stessa persona adottate nel medesimo atto (art. 203); quantunque sieno coniugi, cessando qui le ragioni per le quali è impedito il matrimonio tra i figli adottivi di una medesima persona.

In fine è necessario che la persona da adottarsi non sia figlio naturale, adulterino o incestuoso dell' adottante; semprechè la sua filiazione resulti o da riconoscimento, o da dichiarazione, o dagli altri mezzi nominati nell' articolo 193 (art. 205). Ma se al contrario la sua filiazione non consti legalmente, allora nulla osta all' adozione che ne vogliano fare i suoi genitori, ritenendosi per diritto figli d' ignoti genitori, quand' anche di fatto questi siano notissimi.

Oltre le condizioni sopra descritte e desunte dalla legge che regola l' adozione, si richiede ancora, a norma del diritto comune, che tanto l' adottante, quanto l' adottato abbiano il godimento

---

[1] Demolombe, VI, 41.

e l'esercizio dei diritti civili, essendo l'adozione un atto eminentemente civile. Ma nulla rileva che o l'adottante o l'adottato sia straniero; essendo gli stranieri ammessi al godimento dei diritti civili (art. 3).[1]

Del resto non si richiede che l'adottante o l'adottato siano dello stesso sesso; per forma che una donna può adottare un uomo e viceversa.

Le condizioni riguardanti tanto l'adottante quanto l'adottato debbono esistere nel momento che prestano il consenso necessario per la formazione dell'adozione. La loro esistenza o mancanza però non può essere constatata che dalla Corte di appello. Donde segue che il suo presidente, avanti cui l'atto di adozione deve esser fatto, non può ricusarsi di riceverlo pel pretesto che manchi alcuna delle sopraddette condizioni.[2]

Ma non pregiudicano all'adozione gl'impedimenti di fatto e di diritto, come la morte, la demenza, l'interdizione, che sopravvenissero anche prima della presentazione dell'atto di consenso alla Corte per la omologazione, perchè il consenso fa l'adozione.[3]

---

[1] Rocco, Trattato di diritto civile internazionale, cap. 17; Valette su Proudhon, I, 177; Toullier, I, 456; Demangeat, Histoire de la condition civile des étrangers en France, pag. 362; *contro* Merlin, Rép. v° Adoption, Quest. de droit, § 2; Duranton, III, 287; Marcadé, art. 346, II; Aubry e Rau, IV, § 556, pag. 635; Demante, II, 80 bis, II; Demolombe, VI, 48. Ma per legge francese gli stranieri non sono equiparati ai cittadini in riguardo al godimento de' diritti civili.

[2] Consulta Demolombe, VI, 111 e 112.

[3] Delvincourt, I, 97, vol. 3; Aubry e Rau, IV, § 559, pag. 647 e 648; Valette su Proudhon, II, 207, not. *a*, e 213 nota *a;* Duvergier su Toullier, II, 1004, not. *c*; Demolombe, VI, 118; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 529; *contro* Maleville, art. 160; Duranton, III, 302, not. 2; Toullier, I, 465; Marcadé, art. 360, I e II, i quali opinano che l'esistenza di quelle condizioni debbano persistere sino alla presentazione dell'atto di consenso alla Corte per l'omologazione, essendo scritto nell'articolo 360: « Si l'adoptant venait à mourir après que l'acte constatant la volonté de former le contrat d'adoption a été reçu par le juge de paix *et porté devant les tribunaux* ». Ma giustamente si osserva che,

310. Quanto alle forme dell'adozione, questa si fa col consenso dell'adottante e dell'adottato (art. 208). Se l'adottante ha padre, madre o coniuge vivente, è pur necessario il loro consenso, sia pei diritti che l'adottato acquista nella famiglia, sia per la tutela dell'ordine e della pace di questa. Il consenso del padre e della madre si richiede cumulativamente, e in disaccordo non prevale quello del padre.[1] Che anzi se da essi dissenta il coniuge, l'adozione non potrà aver luogo. Questo consenso si richiede sempre, qualunque sia il sesso, l'età e la posizione sociale dell'adottante, e quand'anche i coniugi fossero separati.[2] Del pari se l'adottato ha padre, madre o coniuge vivente, è pur necessario il loro consenso a motivo dei loro interessi morali e pecuniari impegnati nell'adozione. Se l'adottato sia minore, o non abbia genitori viventi, o questi siano nell'impossibilità di manifestare la loro volontà,[3] egli deve riportare, secondo i casi, l'approvazione del consiglio di famiglia o di tutela per garanzia de' suoi interessi.

---

se tale fosse la disposizione della legge, quale è pretesa dagli avversari, essa sarebbe ben poco razionale; perciocchè potendo la presentazione dell'atto di consenso farsi dall'adottato senza il concorso dell'adottante, essendo disposto nell'articolo 354 « une expédition de cet acte sera remise dans les dix jours suivants, par la partie la plus diligente, au procureur de la République » deve essere indifferente che sia stata fatta prima o dopo la morte dell'adottante. D'altra parte le parole *et porté devant les tribunaux* non si leggono nella compilazione primitiva, e trovansi nella definitiva senza che gli studi preparatorî facciano conoscere i motivi della loro inserzione. Forse il compilatore ha considerato la cosa affatto praticamente, e non ha supposto che la morte dell'adottante possa avvenire nel breve giro di dieci giorni. In conseguenza quelle parole debbono interpretarsi in senso enunciativo e non mai come indicanti una condizione *sine qua non* dell'ammissione dell'adozione. Queste considerazioni si attagliano perfettamente al testo della nostra legge, essendo identico su questo punto, non pure nella sostanza ma nelle parole, al francese.

[1] Proudhon, II, 195; Duranton, III, 289; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 637; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 517; Demolombe, VI, 33.

[2] Demolombe, VI, 26.

[3] Demolombe, loc. cit.

L' atto di consenso può essere rivocato tanto dall' adottante quanto dall' adottato, anche contro il volere dell' altro; finchè il decreto di omologazione non sia stato pronunziato (art. 217). [1]

311. Il consenso deve essere prestato nel modo seguente. La persona che vuole adottare e quella che vuol essere adottata debbono presentarsi personalmente al presidente della Corte di appello, nel cui distretto ha domicilio l'adottante, per venire all' atto del reciproco loro consenso, il quale deve esser ricevuto dal cancelliere della Corte. Debbono pure intervenirvi in persona o per procura, il padre, la madre, il coniuge, il consiglio di famiglia o di tutela, de' quali sia necessario il consenso (art. 213).

L' atto di adozione deve essere presentato entro i dieci giorni susseguenti, in copia autentica, dalla parte più diligente alla Corte per l'omologazione (art. 214). La Corte, assunte le opportune informazioni deve verificare; *a)* se tutte le condizioni della legge sieno state adempite; *b)* se colui che vuole adottare goda buona fama; *c)* se l' adozione convenga all' adottato (art. 215).

Dopo ciò la Corte, sentito il pubblico ministero in camera di consiglio ed omessa ogni altra formalità di procedura, senza esprimere i motivi, deve pronunziare in questi termini: *si fa luogo* o *non si fa luogo all' adozione* (art. 216). Lo scopo di questo procedimento eccezionale è soprattutto quello d' impedire che il rigetto dell' adozione non divenga per la persona che vorrebbe farla una causa di discredito, e di garantire nel massimo grado l'indipendenza della Corte in affare sì delicato. [2]

La Corte ha il più ampio potere nell'assumere le informazioni e può sentire i terzi ed anche i parenti interessati ad impedire l'adozione: che anzi questi possono di loro iniziativa

[1] Avvertasi che il Codice Napoleonico non ha testo corrispondente al nostro, e perciò non sono applicabili nel nostro diritto le decisioni derivanti dalla irrevocabilità del consenso, a norma di quel Codice.

[2] Demolombe, V, 92.

presentare col mezzo del pubblico ministero memorie ed osservazioni, per dimostrare che è inammissibile l'adozione. [1]

Se tale procedimento non fosse incominciato, proseguito e compiuto nella camera di consiglio, sarebbe nullo il decreto che dichiarasse non farsi luogo all'adozione. [2] Ma contro il decreto regolarmente fatto, il quale dichiara non farsi luogo all'adozione, non compete ricorso in Cassazione, mancando di motivi. Nulla impedisce però alle parti di ripetere l'atto di adozione avanti la medesima Corte, o anche avanti un'altra, quando l'adottante abbia cambiato domicilio; perciocchè potrebbe esistere ora qualche condizione che in passato mancava e potrebbe anche essere cessata la causa per cui la prima adozione non fu ammessa. [3]

Il decreto della Corte di appello che ammette l'adozione debb'essere pubblicato ed affisso in quei luoghi ed in quel numero di copie che la Corte stimerà di prescrivere, e deve inoltre essere inserito nel giornale degli annunzi giudiziari del distretto e nel giornale ufficiale del Regno (art. 218).

Nei due mesi successivi al decreto della Corte, l'atto di adozione deve essere annotato in margine dell'atto di nascita dell'adottato nei registri dello stato civile. L'annotazione non può aver luogo che sulla presentazione di copia autentica dell'atto di adozione e del decreto della Corte di appello coi certificati delle seguite pubblicazioni ed inserzioni (art. 218).

Già si disse che le condizioni necessarie per l'adozione debbono esistere solamente nell'atto della prestazione del consenso avanti il presidente della Corte di appello, e che gl'impedimenti di fatto e di diritto sopravvenienti non pregiudicano all'adozione. Di qua segue che se dopo la prestazione di tale consenso l'adottante o l'adottato divenissero dementi o fossero interdetti, o il primo solo morisse, o dopo esso anche l'adot-

---

[1] Non osta l'articolo 217, capov. ult.; Aubry e Rau, IV, 641.

[2] Demolombe, loc. cit.; Valette, Explic. somm. p. 201 e 202.

[3] Duranton, III, 203; Aubry e Rau, IV, § 558, pag. 646; Demolombe, VI, 122.

tato,[1] il procedimento potrà essere continuato o dall' adottato o dai suoi eredi, e l'adozione potrà essere ammessa, qualora ne sia il caso. In caso di morte dell' adottante, i suoi eredi possono presentare alla Corte col mezzo del pubblico ministero memorie ed osservazioni per dimostrare l'inammissibilità dell' adozione (art. 217), e in caso d'interdizione potrà fare altrettanto, secondo che mi sembra, il tutore.

312. L' adozione è inesistente, quando manchi di una delle condizioni essenziali alla sua esistenza giuridica, e specialmente quando manchi affatto il consenso; quando l' atto di consenso non sia stato fatto avanti il presidente della Corte d' appello; quando non sia stato omologato dalla Corte; perciocchè essendo l' adozione un atto solenne, queste formalità sono sostanziali.[2]

Anco l' adozione inesistente è un mero fatto, senza verun effetto giuridico; e ogni persona interessata può in ogni tempo opporne la inesistenza, per via tanto di azione quanto di eccezione.

L'adozione può essere eziandio nulla o annullabile per parecchie cause. È annullabile innanzi tutto, quando il consenso dell'adottante o dell'adottato fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo.

È nulla del pari quando l' adottante o l' adottato non abbia posseduto nel tempo dell'adozione tutte le condizioni richieste, nel primo per essere capace di adottare, e nel secondo per essere capace di essere adottato; come se, per esempio, l' uno non avesse avuto cinquant' anni e l' altro diciotto; o non avessero riportato il consenso del padre, della madre e del coniuge.

---

[1] In questo caso gli eredi dell'adottato avrebbero interesse a continuare il procedimento, perciocchè retrotraendosi gli effetti dell'adozione, essi troveranno nell' eredità dell' adottato, loro autore, quella dell' adottante. Intendi e concilia in questo senso Marcadé, art. 360, II; Aubry e Rau, IV, § 559, pag. 647 testo e nota; Demolombe, VI, 149.

[2] *Forma dat esse rei.* Consulta Aubry e Rau, IV, § 558, pag. 643; Laurent, IV, 225.

Ma non potrebbe opporsi la mancanza della buona fama nell'adottante; perciocchè su questa il giudizio della Corte è affatto incensurabile.

In fine è annullabile, quando non siensi osservate le regole di competenza riguardo al presidente della Corte e alla Corte stessa, o non siensi osservate le formalità del procedimento; salvo ciò che è stabilito intorno ai termini che non sono di rigore (arg. art. 219, capov. 2º).[1]

Per determinare da quali persone possono essere dimandate le nullità dell'adozione, è necessario di distinguere le relative dalle assolute.

Sono relative le nullità per vizio del consenso dell'adottante e dell'adottato. Sono tali del pari, secondo il mio avviso, quelle dipendenti dalla mancanza di consenso del padre, della madre, del coniuge, del consiglio di famiglia e di tutela; perciocchè sono d'interesse meramente privato.[2] Perciò tali nullità non possono dimandarsi che dalla persona il cui consenso fu viziato o era richiesto, e in questo secondo caso anche dall'adottato che ne aveva bisogno. Queste nullità relative possono venir sanate dalla ratifica espressa o tacita; e rimangono estinte con la prescrizione di trent'anni.[3]

Al contrario sono assolute le nullità dipendenti dalle altre cause; quali, per esempio, quelle che si fondano sulla mancanza di età nell'adottante e nell'adottato, considerata in sè e nella differenza che deve esistere fra l'età dell'uno e quella dell'altro; sulla esistenza di discendenti legittimi o legittimati;

---

[1] Consulta Aubry e Rau, IV, § 558, pag. 644; Duranton, III, 329; Odillon Barrot, Encyclop. du droit, vº Adoption, 82; e soprattutto Demolombe, VI, 197; Demante, II, 80 bis, V; che moderano la dottrina troppo assoluta de'primi.

[2] Questa decisione è assai contestata; reputandosi da molti che in tale ipotesi l'adozione sia nulla in modo assoluto.

[3] Nella prima edizione ritenni con altri, essere tali nullità soggette alla prescrizione di cinque anni, a senso dell'articolo 1300; ma più maturo esame mi ha convinto, non essere tale articolo applicabile all'adozione; non essendo questa un contratto, e non riguardando interessi pecuniari, ma lo stato delle persone.

sulla incapacità della persona adottata per essere figlio naturale dell' adottante; sulla inosservanza delle regole di competenza e di formalità; perciocchè tutte queste condizioni sono d'interesse pubblico.[1] Queste nullità possono essere proposte dall'adottante, dall'adottato e da tutti quelli che vi hanno interesse pecuniario attuale; quali sono per esempio, gli eredi dell'adottante. Al contrario non possono dimandarle quelli che non possono basare la loro istanza, se non sopra un interesse morale o di famiglia; quindi non possono dimandarle i parenti dell'adottante in tale loro qualità.[2]

Le nullità assolute sono perpetue, e non possono essere sanate nè dal tempo, nè dalla ratifica; ma gl' interessi pecuniari, che dipendono dallo stato della filiazione civile creato dall'adozione sono soggetti alla prescrizione.[3]

La nullità deve essere proposta per via di azione avanti il tribunale competente, giusta i principii generali di diritto.[4]

Ma l'adozione, formata che sia validamente, è irrevocabile, non ostante che all'adottante sopravvengano figli, o l'adottato si faccia reo d'ingratitudine verso di quello. Più ancora: non può essere rivocata di comune consenso dell'adottante e dell'adottato; perciocchè crea lo stato di filiazione civile che non può essere subordinato alla volontà di chi lo diede e l'accettò.[5]

---

[1] Aubry e Rau, 644; Demolombe, VI, 218 e 209.

[2] Merlin, Rép. v° Adoption, Questions de droit, § 10; Delvincourt, I, 252, 264; Duranton, III, 329; Aubry e Rau, loc. cit.; Demolombe, 210, 211; Laurent, IV, 234.

[3] Marcadé, art. 360, III; Demolombe, VI, 212 e 213.

[4] Consulta Merlin, Questions, v° Adoption, § 11, n. 1; Duranton, III, 331; Marcadé, art. 360, III; Demolombe, VI, 187-193; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 645; Laurent, IV, 236.

[5] Merlin, Rép. v° Révocation d'adoption, e v° Adoption, Questions de droit, § 8, n. 3; Duvergier su Toullier, II, 1018; Demolombe, VI, 127 e 128; Aubry e Rau, IV, § 559, pag. 647; Proudhon e Valette, II, 212; Marcadé, art. 360, III; Mourlon, I, 1006; *contro* Doveri, Istituzioni di diritto romano, I, § 100, not. 1; ma enuncia la sua opinione in modo assai dubitativo e in termini riservatissimi « L'adozione, egli dice, essendo un rapporto essenzialmente consensuale, si fa col consenso dell'adottante e dell'adottato; per la stessa ragione (a nostro credere) col consenso può essere abolito; ma il Codice tace su di ciò ».

313. L'adozione crea rapporti di paternità e di filiazione civile fra l'adottante e l'adottato, senza distruggere i naturali. Gli effetti di essa dunque sono naturalmente quelli della paternità e della filiazione legittima, sia in ordine alle persone, sia in ordine ai beni, per quanto, beninteso, lo consente la coesistenza di cotesti doppi rapporti.

In ordine alle persone, deriva da tale principio,

1° Che l'adottato assume il cognome, i titoli e il blasone[1] dell'adottante e l'aggiunge al proprio (art. 210). Se adottasse una donna maritata, il cognome che si comunica all'adottato è quello della famiglia del padre e non del marito di lei: perciocchè diviene figlio di lei e non insieme del marito, ed ella non ha il potere di trasmettere ad altri il cognome di suo marito.[2] Qualunque poi sia l'adottante, ha il diritto di obbligare l'adottato di assumerne il cognome;

2° Che fra l'adottante e l'adottato non possa contrarsi matrimonio (art. 60);[3]

3° Che le incapacità e presunzioni legali stabilite dagli articoli 783 e 1053 si applicano ne' rapporti fra l'adottante e l'adottato;

4° Che il figlio adottivo ha l'obbligo di onorare e rispettare l'adottante (arg. art. 220);

5° Che il padre o la madre adottivi, od ambedue hanno l'obbligo di continuare, occorrendo, l'educazione del figlio (articolo 211 e arg. art. 138).

Quanto ai beni, deriva dal medesimo principio:

1° Che l'adottante e l'adottato hanno l'obbligo reciproco di fornirsi gli alimenti, come esiste fra l'adottato e i suoi genitori legittimi e l'adottante e i suoi discendenti legittimi: tale

---

[1] Una persona di casato illustre può coll'adozione mirare a conservarlo.

[2] Delvincourt, I, 157; Marcadé, art. 347-349; Mourlon, I, 1013; Aubry e Rau, IV, § 652; Demolombe, VI, 145.

[3] Fu accennato superiormente (n. 118) che per moralità l'impedimento derivante dall'adozione si estende ad altre persone.

obbligo nell'adottante precede quello de'genitori legittimi o naturali; nell'adottato tanto esso obbligo quanto il correlativo diritto concorre con quello de'figli legittimi o naturali dell'adottante (art. 211, capov.);

2° Che l'adottato, e dopo la sua morte i suoi discendenti legittimi e legittimati (ma non i suoi figli adottivi o naturali riconosciuti o dichiarati), tanto per diritto proprio quanto per rappresentazione, hanno sull'eredità dell'adottante tutti i diritti de' figli legittimi, quand'anche dopo l'adozione sopravvengano all'adottante figli legittimi (art. 210, congiunto all'art. 736 e 737). Conseguentemente se l'adottato nel tempo dell'apertura della successione dell'adottante si trovi solo, la raccoglierà per intero, escludendo tutti i collaterali e gli ascendenti (articoli 736-738);[1] e se abbia fratelli adottivi o esistano figli legittimi o legittimati sopravvenuti all'adottante dopo l'adozione, concorra con essi in eguali porzioni. Parimente l'adottato ha diritto alla legittima, e a domandare la riduzione delle disposizioni testamentarie e delle donazioni fatte a pregiudizio di tale suo diritto.[2] Il diritto di successione non è reciproco; perciocchè non v'ha legge che ammetta l'adottante alla successione dell'adottato, a tal segno che ne resta escluso dallo Stato anche ne'beni che avesse donato all'adottato, non essendo sancito a suo favore verun diritto di riversibilità.[3] L'adozione però non può equipararsi alla sopravvenienza de' figli all'effetto di rivocare la donazione (arg. art. 1088);[4] ma se la donazione venga rivocata

---

[1] Duranton, III, 312; Aubry e Rau, IV, § 560, pag. 652; Marcadé, art. 350, II; Valette, Explic. somm. p. 194; Demolombe, VI, 154.

[2] Marcadé, Aubry e Rau, loc. cit.; Demolombe, VI, 157-162; *contro* Duranton, III, 319; Toullier, II, 1011; Grender, De l'adoption, n. 26 e 40, che dànno decisioni più o meno arbitrarie, e tutte restrittive in vari sensi.

[3] Mourlon, I, 1016.

[4] Toullier, II, 1011; Merlin, Rép. v° Adoption, § 4; Duranton, III, 315; Proudhon e Valette, II, 223; Valette, Explic. somm. p. 195 e 196; Aubry e Rau, IV, § 560, pag. 654 testo e nota 16; Demolombe, VI, 164; *contro* Marcadé, art. 350, III, e 960, III. Quest'ultimo nelle quattro precedenti edizioni aveva seguito l'opinione comune.

per la sopravvenienza di un figlio legittimo, l'adottivo ne profitterà.[1] Nè può equipararsi alla sopravvenienza di un figlio legittimo, all'effetto di conferire all'adottato il diritto di valersi dell'articolo 770.[2]

Al contrario l'adozione da una parte non induce alcun rapporto civile fra l'adottante e la famiglia dell'adottato, nè fra l'adottato e i parenti dell'adottante (art. 212, capov.); salvo ciò che è stabilito intorno al matrimonio e alle successioni (art. 60 e 737 capov., e art. 806). Perciò, fra le altre cose, l'obbligo reciproco di fornirsi gli alimenti, che corre fra l'adottante e l'adottato, non esiste nè fra l'adottato e gli ascendenti dell'adottante, nè fra l'adottante e gli ascendenti dell'adottato; nè in fine fra questo e la moglie dell'adottante e viceversa, nè fra la moglie dell'adottato e l'adottante e viceversa.[3] Del pari per la medesima ragione l'adottante non ha verun diritto di successione sull'eredità dei parenti dell'adottato, neppure per rappresentazione; perciocchè per regola questo non ha luogo quando non si ha il diritto di succedere per ragione propria (art. 737, capov.).[4]

Dall'altra parte l'adozione non modifica punto i rapporti di parentela e di filiazione naturali; in altri termini l'adottato conserva tutti i diritti e doveri verso la sua famiglia naturale (art. 212). Quindi, fra le altre cose, il padre e la madre legittimi conservano la patria potestà con tutti i suoi attributi di correzione, di godimento dell'usufrutto legale, di consentire al matrimonio, e via discorrendo; e che in loro mancanza, la

---

[1] Toullier, Proudhon, Aubry e Rau, loc. cit.; Demolombe, VI, 165.

[2] Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 654 testo e nota 17; Troplong, Des donations, IV, 2701; Valette, Explicat. somm. n. 195; Boutry, Des donations entre époux, n. 449; *contro* Delvincourt, I, 96, not. 7; Toullier, I, 454; Demolombe, VI, 163.

[3] Valette, Explic. somm., p. 197; Massé e Vergé, I, 351 e 352; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 650; Demolombe, VI, 134.

[4] Duranton, III, 313; Demolombe, VI, 133; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, articolo 350, I.

patria potestà non passa punto nell'adottante, ma le succede la tutela, a termini del diritto comune.[1] Del pari l'obbligo reciproco degli alimenti e il diritto successorio fra i parenti legittimi o naturali continuano a sussistere, come se l'adozione non avesse avuto luogo.

L'adozione produce i sopraddetti effetti dal giorno dell'atto di consenso riguardo tanto all'adottante e all'adottato, quanto ai terzi, purchè riguardo a questi l'annotazione dell'atto di adozione in margine dell'atto di nascita dell'adottato nei registri dello stato civile abbia avuto luogo ne' due mesi successivi al decreto della Corte, altrimenti gli effetti non si produrranno riguardo a loro che dal giorno in cui l'annotazione sarà eseguita (art. 217 princ. e 219, capov. 2°).

[1] Doveri, Istituzioni di diritto romano, vol. I, § 108, not. I.

TITOLO VIII.

Della Patria Potestà

SOMMARIO

314. Transizione alla patria potestà. Nozioni generali intorno al governo della famiglia, riguardo ai figli. Divisione della vita dell'uomo in età minore e maggiore, in relazione al governo della famiglia. Computo degli anni. Incapacità del minore: per cui è sottoposto alla patria potestà o alla tutela.
315. Che cosa sia la patria potestà. Quali persone ne siano investite; padre e madre. Con quale ordine la esercitino. La madre ha sempre eguali diritti che il padre? Questi può imporle condizioni per l'educazione de' figli e l'amministrazione de' loro beni? Quali persone siano soggette alla patria potestà; figli legittimi e legittimati.
316. Diritti che in generale conferisce la patria potestà, e in ispecie dei diritti di educazione, istruzione e usufrutto legale.
317. Seguito. Diritto di educazione. In che consista. Garanzie di tale diritto; diritti di correzione e di custodia.
318. Seguito. Diritto di rappresentanza e di amministrazione. In che consista il primo. Quali sieno i poteri del genitore, come amministratore dei beni de' figli. Condizioni alle quali è subordinato nel genitore il godimento del diritto di rappresentanza e amministrazione: deve avere il pieno esercizio de' suoi diritti. *Quid juris*, se in ordine alla rappresentanza e all'amministrazione si verifichi opposizione d'interesse fra il genitore e i figli, o fra questi? Il padre può esser privato del diritto di amministrare da chi istituisca eredi i suoi figli?
319. Seguito. Degli obblighi del padre, quale amministratore dei beni dei figli.
320. Seguito. Della nullità degli atti fatti dal padre, quale amministratore dei beni dei figli, senza osservare le prescrizioni di legge.
321. Seguito. Dell'amministrazione dei beni di un figlio concepito e nato nel tempo della morte del padre, e più generalmente della cura del ventre pregnante.
322. Seguito. Diritto de' genitori all'usufrutto legale. Natura di esso. È concesso ad entrambi i genitori: ma si gode da quello che esercita la patria potestà.
323. Quali beni de' figli siano o no soggetti all'usufrutto legale in favore de' loro genitori. Sui beni non soggetti all'usufrutto hanno i genitori il diritto di amministrazione?
324. Dei diritti che l'usufrutto legale conferisce al genitore che ne gode.
325. Dei pesi che gravano sull'usufrutto legale. Natura di questi pesi.
326. Dei modi con cui finisce l'usufrutto legale. Modi speciali e modi generali. Quali siano gli uni e gli altri.
327. Regolamento dei diritti fra i genitori e i figli, nel caso che quelli continuino a godere de' beni di questi, dopo cessato l'usufrutto legale.
328. Dei modi con cui cessa la patria potestà. Le seconde nozze non fanno perdere la patria potestà. Formalità da osservarsi dalla madre che passa a seconde nozze, per conservare il diritto di amministrare i beni de' figli. Risponsabilità del secondo marito in ordine all'amministrazione indebitamente o debitamente tenuta da sua moglie.

314. Costituita la famiglia col matrimonio, designati i membri che la compongono con le regole riguardanti la filiazione e l'adozione, rimane che se ne determini il governo.

Questo governo (tralasciato quanto risguarda la società coniugale)[1] è regolato sulla legge della capacità naturale dei figli, che serve di base alla loro capacità giuridica. Non sviluppandosi che a poco a poco le forze intellettuali e fisiche dell'uomo, e questi non raggiungendo quella potenza necessaria per governarsi da se medesimo che dopo il corso di alcuni lustri, il Legislatore ne divide la vita in due periodi, in relazione appunto di tali sue capacità. Questi due periodi sono detti *età minore*, *età maggiore*: la prima incomincia coll'esistenza, e termina al compiersi del ventunesimo anno (art. 240); la seconda incomincia dal compiersi di tale anno e termina con la morte (art. 323); onde dalla loro nascita fino al compimento degli anni ventuno le persone chiamansi *minori* e dagli anni ventuno in poi *maggiori*.

Gli anni ventuno non si contano per giorni ma per ore, per momenti, *a momento in momentum* (arg. art. 374). Quegli adunque che fosse nato a mezzodì del 1° aprile dell'anno 1865 cesserebbe di essere minore e diverrebbe maggiore a mezzodì del 1° aprile dell'anno 1886.[2] Se l'ora della nascita non sia enunciata nell'atto di nascita, essa potrà essere provata con tutti gli altri mezzi, e in ispecie coi documenti di famiglia e coll'esame dei testimoni che assistettero al parto, o ebbero conoscenza dell'ora in cui avvenne.[3] Ma ove consti soltanto dal giorno e non dall'ora, dovrà applicarsi la regola comune, che *dies a quo, non computatur in termino; dies ad quem, computatur*; cosicchè, posto che sia noto essere la nascita avvenuta il 1° di aprile, la maggiore età sarà raggiunta al primo istante del 2 del detto

---

[1] Vedi sopra, n. 198, 199 e seg.

[2] Leg. 3, § 3, D. de min. vig. quint. annis; Marcadé, art. 388, III; Valette su Proudhon, II, 446, e Explic. somm., 5 e 343; Demolombe, VIII, 407; De Fréminville, I, 3; Precerutti, I, n. 268, p. 185, nota 5.

[3] Demolombe, VIII, 407; Laurent, IV, 362.

mese, cioè sonata la mezzanotte del 1° al 2.[1] E finalmente se una persona sia nata il 29 febbraio dell'anno bisestile, diverrà maggiore all'ora della nascita o, ignota questa, allo spirare del mese suddetto, cioè del giorno 28 dopo il giro di ventun anno.[2]

Finchè una persona è minore, è riputata giuridicamente incapace di governare se stessa e di amministrare i suoi beni, onde è sottomessa alla potestà altrui.

Questa potestà è di due specie; potestà patria, e potestà tutelare o tutela, secondo che la famiglia ha i suoi capi naturali, cioè il padre e la madre; o ne è priva, ed è retta da un tutore. Riservando la tutela pel titolo seguente, tratteremo in questo della patria potestà.

315. La patria potestà è l'autorità che la legge concede al padre e alla madre sulla persona de' loro figli minori non emancipati. Essa va distinta dall'autorità che rimane ai genitori, anche dopo cessata la patria potestà, e dall'autorità che nell'ordine morale, e anco nell'ordine giuridico per qualche speciale effetto,[3] appartiene agli altri ascendenti sulle persone de' loro discendenti.

La patria potestà appartiene congiuntamente tanto al padre quanto alla madre.[4] Ma durante il matrimonio è esercitata

---

[1] Delisle, Traité de l'interprét. jurid. I, § 117; Demolombe, VIII, 408; De Fréminville e Marcadé, loc. cit.

[2] Leg 3, § 3, D. de minor. IV, 4; Leg. 98 princ. D. de verb. signif. L, 16; Demolombe, VIII, 409.

[3] Posso ricordare il diritto di consentire e fare opposizione al matrimonio de' loro discendenti (art. 64 e 82); posso ricordare pure la tutela legittima accordata dalla legge agli avi; perchè questo ha avuto riguardo, senza dubbio, alla loro autorità nel prescegliergli a tutori (art. 244).

[4] L'attribuzione della patria potestà alla madre fu propugnata in seno della Commissione di coordinamento dal signor Niutta, il quale giustamente osservò, non essere conforme alla natura e ai principii del diritto razionale o filosofico attribuire la patria potestà esclusivamente al padre, negandola alla madre; doversi rilevare la dignità di questa nell'interesse stesso dei figli; essere la madre quella che ha maggiore e talvolta più utile ingerenza nella educazione della famiglia; doversi certamente evitare il dualismo tra i coniugi; ma potersi senza

esclusivamente dal padre, come capo della famiglia; e solo quando egli non possa esercitarla o per condanna (art. 3, Disp. transit. per l'attuazione del Cod. civ. del Regno d'Italia), o per decreto del tribunale (art. 223), o per assenza (art. 46), o per interdizione (arg. art. 329), o per demenza, non seguita da interdizione, [1] è esercitata dalla madre (art. 220). Nulla rileva ch' eglino vivano congiunti o legalmente separati, salvo la disposizione dell'art. 154. La loro separazione di fatto non modifica punto per se stesso l'esercizio della patria potestà; esso continua ad appartenere al padre; ammenochè non si faccia luogo contro di lui all'applicazione dell'articolo 233; nel qual caso nulla impedisce al tribunale d'informare i suoi provvedimenti alla disposizione dell'articolo 154, conferendogli amplissimo potere il sopraccitato articolo 233. [2]

Sciolto il matrimonio, la patria potestà è esercitata dal genitore superstite, cioè o si continua dal padre, o s'incomincia ad esercitare dalla madre; ben inteso che l'esercizio della medesima proceda e possa continuare a procedere regolarmente (art. 220, capov. ult.). [3]

Per regola, la madre dopo la morte del padre ha gli stessi diritti di quest'ultimo per ragione della patria potestà che viene

---

pericolo consacrare il principio della loro uguaglianza di autorità sulla prole, salvo a regolarne l'esercizio in modo che la madre non la eserciti che quando il padre non possa esercitarla (Proc. verb. 13, IV).

[1] La legge dispone, che se il padre non *possa* esercitare la patria potestà, debba essere esercitata dalla madre (art. 220, capov. 2°): essa adunque accenna alla *impossibilità* in modo generale, e perciò, secondo che reputo, tanto alla giuridica, quanto alla fisica (vedi sopra n. 315). E tanto più volentieri adotto questa interpretazione ampia, in quanto che nel diritto francese è deplorato che la legge non provveda a tale bisogno; sebbene il diritto anteriore ammettesse formalmente che in caso di demenza del padre, la patria potestà si dovesse esercitare dalla madre (Pothier, Traité des personnes, n. 134; Laurent, IV, 262).

[2] Consulta Demolombe, VI, 371; Aubry e Rau, IV, § 550, pag. 603 e 604; Valette, Explicat. somm., pag. 212.

[3] È chiaro che se la madre esercitava la patria potestà per impotenza del padre, alla morte di quella si farà luogo non al passaggio della patria potestà nel padre, ma all'apertura della tutela.

ad esercitare. Tuttavia è data facoltà al padre medesimo di stabilire per testamento o per atto autentico condizioni alla madre superstite per l'educazione dei figli e per l'amministrazione dei beni. Queste condizioni però non sono per lei obbligatorie in modo assoluto; inquantochè ove non voglia accettarle, può chiedere di esserne dispensata, facendo convocare dal pretore un consiglio di famiglia composto a norma degli articoli 252 e 253, affinchè deliberi sulla chiesta dispensa. La deliberazione del consiglio di famiglia deve essere sottoposta all'omologazione del tribunale, il quale provvede, sentito il pubblico ministero (art. 235).[1] Il tribunale può ammettere o rigettare puramente o semplicemente la dimanda della madre, e mantenere solamente in parte le condizioni stabilite dal padre del defunto; ma non mai stabilire condizioni diverse.

Alla patria potestà sono soggetti i figli legittimi e legittimati. Quanto ai figli naturali riconosciuti o dichiarati, essi sono soggetti alla tutela legale, che come si è dimostrato a suo luogo, è un potere analogo a quello della patria potestà. Da ultimo l'adozione non altera punto il diritto di patria potestà.

316. Tralasciato che ogni figlio, qualunque sia la sua età, deve onorare e rispettare i genitori; perocchè trattasi di doveri puramente morali dichiarati, ma non garantiti con sanzioni giuridiche dalla legge (art. 220, princ.); e rinviando ne' rispettivi luoghi per alcuni diritti speciali derivanti dalla patria potestà, come quello di consentire e fare opposizione al loro matrimonio (art. 63, 82), di consentire alla loro adozione (art. 208, capov.), di emanciparli (art. 311), di nominar loro un tutore e protutore (art. 242 e 264) e simili; tratteremo in questo luogo dei diritti di educazione, di rappresentanza e amministrazione e di usufrutto legale, appartenenti ai genitori.[2]

317. Il diritto di educare i figli consiste nel potere, che ha il genitore, di dirigerne e sorvegliarne la condotta; di scegliere

---

[1] Consulta il Proc. verb. 17, II.

[2] Vedi Demolombe, VI, 273-278; Valette su Proudhon, II, 238, not. 1; Marcadé, art. 371, I; Aubry e Rau, IV, 619; Demolombe, II, 113 bis; Toullier, I, 475.

il culto in cui debbono essere allevati; di regolarne il genere di vita e tutto quel complesso di rapporti che costituiscono l'educazione o influiscono sulla medesima. Egli può educare i propri figli da sè nella propria casa, o collocarli presso istituti educativi, siano pubblici, siano privati; quantunque non siano redarguibili di traviamenti o d'incorreggibilità.[1] La cura dell'educazione del figlio, affidata dal padre ad un terzo, è essenzialmente rivocabile a piacimento di lui, malgrado il dissenso del figlio medesimo, del suo precettore e di qualunque altra persona.[2]

In garanzia di tale diritto, la legge accorda al genitore il potere d'infliggere al figlio i castighi domestici per frenarne i traviamenti. Quali castighi i genitori possono infliggere ai figli per correggerli, viene determinato dai costumi meglio che dalla scienza. Se ne debbono escludere, senza dubbio, gli atti di brutalità che abbrutiscono anzichè moralizzare i figli: sarebbe anzi desiderabilissimo che fosse stigmatizzato e abbandonato il cattivo uso di batterli.[3] Del resto l'uso moderato de'castighi è garantito, anche giuridicamente, dalla pena della decadenza della patria potestà per abuso (art. 233).

Se il padre non riesca a frenare i traviamenti del figlio coi castighi domestici, può allontanare il figlio incorreggibile dalla famiglia, assegnandogli, secondo i propri mezzi, gli alimenti strettamente necessari. Più ancora, può coll'autorizzazione del presidente del tribunale collocarlo in quella casa, o in quell'istituto di educazione o di correzione che reputi più conveniente a correggerlo e migliorarlo. Tale autorizzazione può esser chiesta anche verbalmente, e il presidente provvede senza formalità di atti e senza esprimere i motivi nel decreto (art. 222). Contro questo decreto è ammesso il ricorso al presidente della

---

[1] Consulta il Proc. verb. 14, II.

[2] Firenze, 12 giug. 1869, B. XXI, 1, 393.

[3] Consulta Merlin, Rép. v° Puissance paternelle, sect. II, § 1, n. 1; Laurent, IV, 275.

Corte di appello, e deve essere sempre sentito il pubblico ministero (art. 223).[1]

Per garanzia dello stesso diritto, anzi come mezzo all'esercizio del medesimo, il padre ha sul figlio il diritto di custodia, in forza del quale questi non può abbandonare la casa paterna, o quella che il padre gli abbia destinato, senza permissione del medesimo. Allontanandosene senza permissione, il padre ha diritto di richiamarvelo, ricorrendo, ove sia d'uopo, al presidente del tribunale. Ove poi il figlio si trovasse in potere di terza persona che rifiutasse di restituirlo, potrà essere reclamato dal padre con un'azione analoga alla rivendicazione (art. 221).[2]

Questo divieto cessa in primo luogo, quando il figlio voglia arrolarsi volontario nell'esercito nazionale; per favorire lo sviluppo delle forze militari di terra e di mare, specialmente ne' pericoli di guerra (art. 221).

Cessa in secondo luogo, quando vi sia giusta causa che renda necessario l'allontanamento del figlio dalla casa paterna, come le sevizie, gli eccessi, la vita scandalosa, e peggio le impudicizie tantate o consumate sui figli.[3] In tal caso il presidente del tribunale civile, sull'istanza dei parenti ed anche del pubblico ministero, prese informazioni senza formalità giudiziali, provvede all'allontanamento del figlio nel modo più conveniente, senza esprimere nel decreto alcun motivo. E se vi sia pericolo nel ritardo, provvede il pretore, riferendone immediatamente al presidente, il quale conferma, revoca o modifica il dato provvedimento (art. 221). Anche contro questo decreto è ammesso il ricorso al presidente della Corte di appello, e deve essere sentito il pubblico ministero (art. 223).

All' infuori de' sopraddetti casi, il figlio non può abbandonare la casa paterna; per quanto plausibile ne possa essere la

---

[1] Con tali cautele è prevenuto ogni abuso del potere che ha il padre, di collocare i figli presso i terzi (Proc. verb. cit., loc. cit.).

[2] Demolombe, VI, 307 e 308; Aubry e Rau, loc. cit.; Valette su Proudhon, IV, 604; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 550.

[3] Marcadé, art. 375.

cagione, come verbigrazia, per attendere agli studi delle belle arti o scienze, o per esercitare un mestiere. Molto meno potrà abbandonarla per vestire l'abito monastico.[1]

318. In secondo luogo il padre ha il diritto di rappresentare i figli nati e i nascituri in tutti gli atti civili, e di amministrarne i beni (art. 224).

In forza del diritto di rappresentanza, il padre sta in giudizio pel figlio, sia come attore, sia come convenuto, e fa per lui tutti gli atti stragiudiziali senza intervento del figlio medesimo.[2]

In forza del diritto di amministrare egli può fare tutti gli atti che non gli sono proibiti.

Gli è proibito di alienare, ipotecare, dare a pegno i beni del figlio, contrarre a nome di lui mutui od altre obbligazioni eccedenti i limiti della semplice amministrazione (art. 224, capov. 1º), quale sarebbe una locazione eccedente i nove anni (art. 1572).

La proibizione di fare questi atti cessa, ove li richiegga la necessità o l'utilità evidente del figlio; perocchè allora viene a mancare la sua stessa causa (art. 224, capov. 1º in fine). Ma non ostante l'esistenza di tale necessità o utilità, il padre non può procedere agli atti medesimi, se non vi è autorizzato dal tribunale, conosciuta la causa della necessità o dell'utilità anzidetta. Queste due condizioni, cioè la causa della necessità o utilità evidente del figlio, o l'autorizzazione del tribunale sono entrambe essenziali; cosicchè ove una delle due manchi, gli atti anzidetti non possono compiersi, e compiuti saranno nulli (art. 224, capov. 1º in fine e art. 227).

Se poi trattasi della riscossione dei capitali, o della vendita di effetti mobili soggetti a deterioramento, basta l'autorizzazione del pretore, a condizione che tanto del capitale riscosso,

---

[1] Laurent, IV, 271.

[2] Si noti che il padre non assiste già il figlio negli atti civili per integrarne la capacità, ma egli da solo, o debitamente autorizzato, ove occorra, li compie per lui. Ma senza dubbio il padre può fare intervenire il figlio nella formazione dell'atto, e limitarsi ad assistervelo, integrandone la capacità giuridica.

quanto del prezzo ritratto dalla vendita si faccia nuovo impiego, la cui sicurezza sia riconosciuta dal pretore stesso (art. 125). La dimissione de' debiti co' capitali riscossi non può considerarsi come un rinvestimento, sibbene come un' alienazione del capitale; essa perciò rimane subordinata alla disposizione dell'articolo 224, e non dell'articolo 225.[1]

In fine al padre è assolutamente vietata la compra de' beni de' figli (art. 1457); e reputo che gli sia ancora interdetta l'accettazione di alcuna ragione o credito verso i medesimi (arg. art. 1457, 1° e 2° capov. cong. all' art. 300).[2]

Al contrario il padre può validamente compiere tutti gli altri atti; e particolarmente può accettare, ma col benefizio dell' inventario, le eredità devolute ai figli; e se il padre non possa o non voglia accettarle, il tribunale, a richiesta del figlio o di alcuno dei parenti, od anche sull' istanza fatta d' uffizio dal procuratore del Re, può autorizzarne l' accettazione, premessa la nomina di un curatore speciale e sentito il padre (art. 226). Del pari può accettare le donazioni fatte al figlio minore non emancipato (art. 1059); fare pel figlio locazioni non eccedenti il novennio (arg. *a contr.* art. 1572); e in generale tutti gli atti di semplice amministrazione (art. 224). E a tale effetto è da notare che il padre, nella qualità di amministratore

---

[1] Vedi la sentenza della Corte di Torino, ottobre 1866 (Gazz. de' Trib. di Genova, an. 19, pag. 51). Veramente nel caso non si trattava di padre, ma di curatore specialmente deputato; per altro agli amministratori semplici non possono men forzatamente applicarsi che le disposizioni riguardanti l' amministrazione del padre, essendo che quelle le quali regolano l' amministrazione de' tutori e de' curatori degli emancipati o degl' inabilitati non sono applicabili che in quanto vi sia un consiglio di tutela e di famiglia.

[2] L'art. 1457 proibisce ai genitori la compra dei beni dei figli soggetti alla loro potestà, egualmente che proibisce ai tutori, protutori e curatori la compra dei beni delle persone soggette alla loro tutela, protutela o cura; l'art. 300 proibisce nello stesso modo e con una sola e medesima disposizione l' accettazione di cessioni di alcuna ragione o credito verso le medesime persone; adunque nella mente del Legislatore tale accettazione ha la medesima ragione di proibizione che la compra.

de' beni dei figli, non è colpito dalle incapacità e dalle restrizioni imposte al tutore, come quella di prendere in affitto i beni del figlio; nè gli sono applicabili le disposizioni degli articoli 307, capov., e 308, 309 e 769. [1]

Il diritto di rappresentare il figlio, e di amministrarne i beni in tanto però appartiene al padre, in quanto sia maggiore di età e nel pieno esercizio de' suoi diritti civili. Se fosse minore (e lo sarebbe emancipato per virtù del matrimonio) avrebbe bisogno dell' assistenza del curatore e dell' autorizzazione del consiglio di famiglia per quegli atti riguardanti i figli, che propri non potrebbe fare senza quell'assistenza ed autorizzazione. Se fosse maggiore inabilitato, avrebbe bisogno dell' assistenza del curatore. E finalmente se fosse maggiore interdetto, l' amministrazione de' beni de' figli, come de' propri, si avrebbe dal tutore di lui. [2]

Se, in ordine al diritto del padre di rappresentare i figli e di amministrarne i beni, nasca conflitto d' interessi tra i figli soggetti alla stessa patria potestà o tra essi e il padre, deve essere nominato ai figli uno o più curatori speciali, giusta il bisogno. [3] La nomina del curatore deve esser fatta dall'autorità giudiziaria ordinaria, davanti alla quale fosse vertente il giudizio, ed in ogni

---

[1] Demolombe, VI, 455; Demolombe, II, 137 bis, III.

[2] Consulta, ma tieni conto delle debite differenze fra la legge nostra e la napoleonica; Marcadé, art. 442; Massé e Vergé su Zachariae, I, 409; Duranton, III, 502; Valette su Proudhon, II, 343; Duvergier su Toullier, I, 1161; Aubry e Rau, I, § 99, pag. 359 e 360; Demolombe, VII, 466.

[3] Quando siavi conflitto d' interessi tra i figli, il padre potrà rappresentare quelli fra essi che hanno identici interessi: gli altri saranno rappresentati dal curatore. Se per caso i rispettivi interessi si dividessero in più gruppi, cosicchè si verificassero più conflitti; come se un figlio pretendesse all'eredità legittima, uno all' eredità testamentaria in forza di testamento, un terzo alla medesima eredità in forza di altro testamento, allora il padre potrà rappresentare de' tre figli quello che egli presceglie, per gli altri due saranno necessari due curatori speciali. Se poi si presentasse anche il padre per chiedere esso la eredità o in forza di legge o di un terzo testamento, sarà allora necessaria la nomina di tre curatori speciali.

altro caso dal tribunale civile del domicilio del padre, che è pur quello de' figli (art. 224, capov. 2º e 3º). [1]

Del diritto di amministrazione il padre e la madre possono essere privati da chi istituisca eredi i loro figli, nominando loro un curatore speciale per la sola somministrazione delle sostanze che gli trasmette; perciocchè tale diritto non è un attributo essenziale (come sarebbe quello di consentire o no al loro matrimonio, di educarli, correggerli, emanciparli); ma solamente naturale della patria potestà. [2]

319. Il padre ha l'obbligo di usare nell'amministrazione de' beni de' suoi figli la diligenza ordinaria, quella cioè di un buon padre di famiglia (art. 1224); ove manchi a tale obbligo, sarà risponsabile verso i medesimi di ogni danno (art. cit.).

Egli ha pur l'obbligo di render conto della sua amministrazione (art. e arg. art. 234). [3] Il rendimento de' conti sarà regolato dalle disposizioni risguardanti il rendimento de' conti della tutela, in quanto siano applicabili e tenuto il debito conto delle differenze; così per esempio, se l'amministrazione del padre passi alla madre, egli dovrà render conto a questa (arg. art. 306, princ.), e se il figlio muore durante la minore età, il conto dovrà rendersi ai suoi eredi (arg. art. 306, capov.).

Ma il padre nella qualità di rappresentante de' figli e di amministratore de' loro beni [4], non è tenuto a prestar veruna

---

[1] Trattasi di atto risguardante la capacità delle persone; perciò la competenza dell'autorità giudiziaria viene determinata dal domicilio delle medesime (art. 90, Cod. di proc. civ.).

[2] Vedi appresso, n. 332.

[3] Potrebbe argomentarsi anche dagli articoli 302 e 1747, riguardanti il primo il tutore, il secondo il mandatario; ma val più di loro l'articolo 234, essendo il padre un amministratore privilegiato. L'articolo 234 dispensa, è vero, il padre dal render conto; ma in base alla tacita volontà del figlio non più soggetto alla potestà di lui. Nel figlio minore non emancipato tale volontà manca od è giuridicamente inefficace.

[4] Dico nella qualità di rappresentante e di amministratore; perchè come usufruttuario legale, il padre trovasi soggetto ad altre disposizioni legislative; in specie è tenuto a fare l'inventario (art. 496 e 497).

cautela per garanzia degl' interessi de' medesimi: in ispecie non è tenuto a fare l' inventario (arg. *a contr.* art. 281); [1] nè a prestare cauzione (arg. *a majori* art. 292), [2] reputando la legge, essere gl' interessi del figlio garantiti abbastanza dall'affetto del padre, il più vivamente e direttamente interessato alla felicità e prosperità della propria prole.

320. Gli atti fatti dal padre in contravvenzione alle precedenti prescrizioni sono affetti da nullità relativa, proponibile soltanto da lui, dal figlio e da' suoi eredi ed aventi causa (art. 226). Qui, come in ogni altro luogo, per aventi causa s' intendono tutti quelli che hanno un interesse vero e legittimo a valersi della nullità di tali atti. [3]

L'azione di nullità può esser sanata con la conferma, o ratifica (art. 1309); e rimane prescritta col decorso di cinque anni, computabili dal giorno della maggiore età del figlio, a senso dell'art. 1300.

321. Se alla morte del marito, la moglie si trova incinta, può procedersi alla nomina di un curatore al ventre. È a questo riguardo indifferente che esistano o no figli nati dal medesimo matrimonio, e che questi sieno maggiori o minori, emancipati o no, non essendo conciliabile veruna distinzione colla generalità della disposizione, ed esistendone sempre il motivo (art. 326). [4]

La nomina del curatore al ventre pregnante può essere dimandata da qualunque persona interessata (art. cit.); quali sono, per esempio, la vedova incinta, e gli eredi del suo marito, non solo quando la gravidanza apparisca per il suo sviluppo o sia dichiarata dalla donna, ma anche quando sia negata da lei. In

---

[1] Aubry, Revue de droit franç., an. 1844, pag. 670; Laurent, IV, 307; *contro* Demolombe, VI, 433.

[2] Marcadé, Appendice aux articles 371-383; Demolombe, VI, 433, 434; Aubry e Rau, IV, § 517, pag. 352; Demante, II, 137 bis, III; Laurent, IV, 308.

[3] Consulta il Proc. verb. 19, VI.

[4] Nel diritto francese la quistione è controversa; ma si rifletta che in quel diritto v' ha in tale ipotesi il protutore, che secondo alcuni è investito per diritto della cura del ventre pregnante.

quest'ultima ipotesi però sembra che la donna possa opporsi alla nomina del curatore, o dimandare la nullità di quella fatta, offerendosi pronta a sottoporsi alla visita di esperti, per provare che non è incinta, potendo avervi interesse, come nel caso che fosse stata istituita erede da suo marito. [1]

Il curatore al ventre è nominato dal tribunale, al quale perciò la persona interessata deve avanzare l'istanza (art. cit.).

Duplice è lo scopo del curatore al ventre. Da una parte deve vegliare alla conservazione dello stato e alla difesa del patrimonio del nascituro, e dall'altra impedire la supposizione, la sostituzione o la soppressione del parto. [2]

Da questo doppio scopo vengono determinate le funzioni del curatore al ventre. In riguardo al patrimonio, egli non può fare che gli atti di conservazione e di semplice amministrazione provvisoria. [3] Se durante la cura, sieno da compiere atti eccedenti la semplice amministrazione, il curatore deve dimandarne l'autorizzazione al tribunale stesso che l'ha nominato. [4] Il potere di amministrare non appartiene al curatore del ventre; quando esistano fratelli o sorelle del nascituro; perocchè in tal caso l'amministrazione hassi dalla madre o dal tutore loro. [5]

In quanto poi al secondo oggetto, tacendo la legge, appartiene al tribunale di ordinare i provvedimenti opportuni per prevenire la supposizione, la sostituzione e la soppressione del parto. [6]

---

[1] Magnin, I, 587; Aubry e Rau, I, § 136, pag. 560.

[2] Leg. 1, § 18, D. de vent. in pos. mit.; Toullier, II, 1100; Merlin, Rép. v° Curateur, § 9; Duranton, III, 428; Magnin, I, 585; Demolombe, VII, 49 e 58; Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Toullier, loc. cit.; Magnin, I, 593 e 594; De Fréminville, I, 64; Demolombe, VII, 52 54; Aubry e Rau, I, § cit. pag. 561.

[4] Gli scrittori di diritto francese applicano alla cura del ventre pregnante le norme della tutela e specialmente l'autorizzazione del consiglio di famiglia, ma questo non esiste in tal caso, giusta la legge nostra, nè credo che potrebbe convocarsi, essendo secondo le istituzioni del nostro Codice escluso, quando v'ha patria potestà.

[5] Consulta Magnin, 588 e 589; Demolombe, VII, 74; Aubry e Rau, loc. cit.

[6] Toullier, Aubry e Rau, loc. cit.; Duranton, III, 430; Magnin, I, 588; De Fréminville, I, 66; Demolombe, 58-61.

Le funzioni del curatore al ventre cessano col parto o colla certezza che viene ad acquistarsi, che la donna non era incinta.

Finite le sue funzioni, il curatore che ha amministrato i beni della successione deve renderne conto o alla madre, o al tutore del neonato, o agli eredi del marito.

322. In terzo luogo la patria potestà conferisce ai genitori l'usufrutto legale dei beni de' figli (art. 228).

La natura di quest' usufrutto non è rigorosamente la stessa dell' usufrutto ordinario. Più che uno smembramento della proprietà o una servitù personale, esso è un diritto personale accessorio ed ausiliare della patria potestà; un mezzo agevole di amministrazione de' beni dei figli affidati ai genitori, [1] e di erogazione delle rendite a benefizio dei medesimi; e in fine quasi un compenso delle cure che i genitori sostengono per l' educazione della loro prole. [2] Esso usufrutto però è sempre un diritto pecuniario, anzichè morale; perciò d' interesse privato e non d' ordine pubblico. Donde segue che alcuno può lasciare o donare i propri beni a un figlio altrui, colla condizione che il padre non ne abbia l' usufrutto (art. 229, 1°).

L' usufrutto legale è concesso tanto al padre, quanto alla madre, e a niun altro; nemmeno agli ascendenti ai quali la legge deferisce la tutela. Ma si gode da quello de' due che esercita la patria potestà; perciò durante il matrimonio è regolarmente goduto dal padre (art. 228 e 220, capov. 2°). Quando però l' esercizio della patria potestà viene fatto dalla madre, qualunque sia d' altronde la causa per la quale suo marito non la esercita più, sia cioè la morte, la condanna, l' assenza anche

---

[1] Col concedere la legge ai genitori l'usufrutto legale, ha mirato a tenerne alta l' autorità; ad assicurar loro il rispetto de' figli; e ad evitare dannose e disgustose liti fra i primi e i secondi; perocchè, ove i genitori non godessero dell'usufrutto, si troverebbero soggetti all'obbligo di tenere un conto dei redditi dei beni dei propri figli e delle spese fatte per loro; di presentarlo ad essi, emancipati o fatti maggiori, e vederne discutere i singoli articoli (consulta il Proc. verb. 14, VI).

[2] Consulta Demolombe, VI, 527; Laurent, IV, 324.

semplicemente presunta, l' interdizione giudiziaria [1] e il decreto del tribunale, l' usufrutto appartiene a lei. Che anzi passa alla madre in tutto o in parte, quando il padre esercita la patria potestà, e sia privato dell' usufrutto per cause a lui personali; quale, per esempio, la cattiva amministrazione (art. 231 capov. e 233) o la separazione personale pronunziata per colpa di lui (art. 156). [2] Ma questo passaggio non è irrevocabile che nel caso di morte; negli altri casi può tornare ad appartenere al padre, come se fosse amnistiato, ritornasse o desse notizie di sè o fosse sciolto dall' interdizione. E sotto le stesse condizioni l' usufrutto potrà risepararsi dalla nuda proprietà, colla quale si fosse consolidato; come nel caso che dopo la morte del padre, sia interdetta la madre, e in seguito la interdizione di lei venga rivocata. [3]

323. Sono soggetti all' usufrutto legale tutti i beni, mobili ed immobili, che provengono al figlio da successione, donazione, o da qualunque altro titolo lucrativo (art. 228); non esclusi i doni della fortuna, come il tesoro, o la metà di esso che appartenesse al figlio, a norma dell' articolo 714; nè i guadagni provenienti dal giuoco o dalle scommesse. [4] La successione e la donazione deve essere stata accettata pel figlio, quale cosa sua; perciocchè egli è erede e i genitori hanno diritto all'usufrutto dei beni ereditari e donati non come tali, ma come proprietà de'figli; cosicchè non potrebbero accettare per sè l' usufrutto e rifiutare la proprietà pei figli.

---

[1] Demante, Encyclop. du droit, v⁰ Absence, n. 152; Demolombe, II, 318; Aubry e Rau, IV, § 550 bis, pag. 609.

[2] Consulta il Proc. verb. 14, V.

[3] Può sembrar dura la perdita dell'usufrutto per interdizione, ma sembrami inevitabile in presenza della disposizione assoluta dell' art. 231. E quando sia ammesso che il padre lo perda anche per interdizione giudiziaria, non può impedirsi che per la stessa cagione lo perda la madre. Del resto la durezza di questa disposizione e sua inevitabile conseguenza resta mitigata dall' obbligo della moglie e de'figli, di concorrere al mantenimento del marito e de'genitori.

[4] Demolombe, VI, 502 e 504; Aubry e Rau, loc. cit.; Duranton, V, 373; Massé e Vergé su Zachariae, I, 370.

Per eccezione a questa regola non sono soggetti all' usufrutto legale:

1° I beni lasciati o donati colla condizione che il padre non ne abbia l' usufrutto (art. 229, 1°). Questa condizione può essere espressa, ossia indicata con una clausola speciale; ma può anche risultare dall' insieme della disposizione, come quando questa non sia conciliabile coll'usufrutto legale del padre; così, per esempio, può ritenersi escluso l' usufrutto legale allora che il disponente abbia dichiarato, che la metà delle rendite de' beni che lascia al giovinetto erede sia erogata nell' educazione di lui; e l'altra metà sia rinvestita sino alla sua maggiore età per aumentarne il patrimonio.[1] Hassi perciò una questione di volontà, la cui soluzione è rimessa al prudente arbritrio del giudice. Certo è che nel dubbio la condizione deve essere esclusa, come derogatoria di disposizioni legislative fondate sopra motivi non solo pecuniari ma morali, e odiosa per i genitori.[2] Molto più il disponente o il donante potrà ordinare che il genitore de' figli, a cui favore dispone, goda dell' usufrutto legale per un tempo determinato minore di quello stabilito dalla legge (arg. *a major.* art. 229, 1°). In ogni caso tale condizione è senza effetto riguardo ai beni riservati al figlio a titolo di legittima; perocchè dovuti per legge, debbono rimanere esclusivamente sotto le disposizioni sue, mentre al contrario l' apposizione di quella condizione li sottrarrebbe in parte dalle medesime (art. 229, 1°);

2° I beni lasciati o donati al figlio per imprendere una carriera, un' arte, o una professione. In effetto se il figlio non dovesse godere dell' usufrutto, mancherebbe, almeno in parte, de' mezzi per raggiungere lo scopo pel quale gli sono stati conceduti (art. 229, 2°);

---

[1] Nel diritto francese piace a qualche interprete di essere più rigoroso; ma si noti che il Codice Napoleonico esige formalmente che la condizione sia *espressa*.

[2] Demolombe, VI, 507-512; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 609; Marcadé, art. 387, II.

3° I beni pervenuti al figlio per eredità, legato o donazione accettata nell'interesse del figlio contro il consenso del padre (art. 230, 3°);

4° I beni acquistati dal figlio in occasione o per esercizio di milizia, uffizi, impieghi, professioni ed arti, o altrimenti col proprio lavoro, o colla propria industria separata da quella del padre, quasi ad incoraggiamento all'amore del lavoro, e allo spirito d'ordine e di economia (art. 229, 4°).[1] Se al contrario il figlio presti l'opera sua a suo padre nell'esercizio sia della professione, sia dell'arte,[2] sia del mestiere o dell'industria di lui, e ne riceva un salario, questo rimane soggetto all'usufrutto legale; dovendo considerarsi piuttosto una liberalità fattagli dal padre, anzichè un prodotto dell'opera del figlio, attesi gli obblighi morali di questo verso di quello per l'esistenza e l'educazione ricevutene. Nulla rileva, del resto, che il figlio conviva o no col padre:[3] nè, almeno in modo generale, che l'industria sia stata esercitata dal figlio con capitali paterni;[4]

5° I beni a cui i figli succedono per ragion propria o per rappresentazione, nel caso che il padre ne sia indegno (art. 728 e 766), come se morisse uno zio paterno, alla cui vita il loro padre avesse attentato; altrimenti l'indegnità non avrebbe

---

[1] Tuttavia vedi Demolombe, VI, 498-501; ma nota la differenza fra il testo francese e l'italiano.

[2] Suppongo che il figlio non eserciti per sè la propria professione o arte; chè allora l'esercizio che egli ne fa, è di necessità separato da quello del padre, essendo essenzialmente e strettamente personale.

[3] Proudhon, De l'usufruit, I, 149; Laurent, IV, 326.

[4] *Contro* Doveri, Op. cit. § 131, not. 1, B. 2°; il quale reputa che in tal caso i beni acquistati costituiscano una specie di *peculio profettizio* del diritto romano, sul quale il figlio non ha alcun diritto. In quanto a me ammetto per principio la decisione contraria, che sembrami più conforme alla disposizione assoluta e generale dell'art. 229, 4° e al fatto ordinario che il padre o la madre somministra capitali al figlio, perchè di buon'ora si procuri una posizione indipendente. Inoltre anche in tal caso l'acquisto de' beni è un merito personale del figlio. Ma volontà contraria espressamente manifestata, o risultante dai fatti, può imporre che si adotti la decisione contraria.

tutta la sua pena. La rinunzia che il padre abbia fatto della successione, e in conseguenza della quale il figlio l'abbia raccolta per ragion propria, non lo priva del diritto di usufrutto; perciocchè ha rinunziato alla successione, come erede, e non all'usufrutto de'beni del figlio, come padre.[1]

Queste eccezioni sono applicabili anche alla madre; così, per dare qualche esempio, il divieto di godere dell'usufrutto dei beni lasciati o donati ai figli potrà essere diretto eziandio contro la madre. Parimente questa non godrà l'usufrutto delle eredità, dei legati e delle donazioni accettate nell'interesse del figlio contro il consenso di lei; nè dell'eredità di cui sia dichiarata indegna e devoluta ai medesimi (art. 231).

Ma dei beni, sui quali il padre e la madre non hanno il diritto di usufrutto, conservano il diritto di amministrazione, quando non sieno decaduti dalla patria potestà, dalla quale deriva questo diritto.[2]

---

[1] Proudhon, De l'usufruit, I, 158; Demolombe, V, 521.

[2] *Contro* Doveri, Op. e loc. cit., che professa l'opinione contraria specialmente in riguardo ai beni nominati nei n. 1, 3 e 4. Egli non dà ragione della sua opinione che su questi ultimi, sembrandogli assurdo ammettere, che quegli che seppe o potè acquistare beni col lavoro proprio e coll'industria, non debba saperli amministrare o non debba poterli amministrare: sulle altre due specie di beni limitasi a dire che la risoluzione contraria gli parrebbe improvvida. A me invece sembra un fatto abbastanza ordinario, che un figlio di 12, 15, 18 anni, possa acquistare qualche cosa col suo lavoro e con la sua industria, senza poi saperla amministrare; e così l'ha pensata il nostro legislatore che non permette che un figlio sia emancipato prima degli anni diciotto. Cotesta giuridica presunzione non può fallire per gli altri tre anni, specialmente se si consideri che il padre e la madre non hanno creduto sciogliere il figlio dalla patria potestà. D'altra parte finchè sussiste la patria potestà, su qual fondamento le sarà tolto l'attributo del diritto di amministrazione, che pure è diretto al bene del figlio? Dalla privazione del diritto di usufrutto a quella del diritto di amministrazione non è buona l'argomentazione. L'usufrutto con la proprietà al figlio, e l'amministrazione al padre o alla madre possono essere il massimo vantaggio de' figli. In fine per gli altri beni indicati nei n. 1 e 3 chi ne avrà l'amministrazione, se il figlio fosse affatto incapace di tenerla? Può bene il tribunale dare provvedimenti, ma solo quando il padre abusi della sua potestà o male amministri i beni del figlio. Adunque sottraendo i beni de' figli

324. L'usufrutto legale, per regola, conferisce a quello de'genitori che ne gode, tutti i diritti dell'usufrutto ordinario; perciocchè da una parte non v'ha legge speciale che determini cotesti diritti, e dall'altra gli articoli 230 3º, 478 e 497 dimostrano che sono comuni all'usufrutto legale le disposizioni dell'ordinario; il primo dichiarando, essere questo usufrutto gravato dei pesi dell'ordinario; il secondo non facendo differenza da origine ad origine dell'usufrutto, e il terzo stabilendo una speciale differenza fra l'usufrutto ordinario ed il legale.

Ma l'usufrutto legale, atteso il suo carattere speciale di essere un diritto accessorio della patria potestà, [1] non può essere ceduto, ipotecato nè espropriato dai creditori personali del genitore usufruttuario (art. e arg. art. 1967, 2º).[2] Ma questi creditori possono esercitare i loro diritti sui frutti appartenenti all'usufruttuario, prelevato però sempre quanto è necessario per la soddisfazione dei pesi che sono inerenti al medesimo; perchè in realtà appartiene a lui, come cosa sua propria, tutto ciò che sopravanza alla soddisfazione dei pesi suddetti.[3]

325. Pesi inerenti all'usufrutto legale sono, in primo luogo, le spese di mantenimento, educazione, ed istruzione del figlio (art. 230, 1º). Questo peso differisce sotto molti riguardi

---

all'amministrazione del genitore, oltre l'adottare una risoluzione per nulla utile, si cadrebbe nell'incerto, evitabile solo coll'arbitrio.

[1] Vedi sopra n. 322.

[2] Duranton, III, 403 bis, e IV, 486; Valette su Proudhon, II, 267; Demolombe, VI, 527; Demante, II, 129 bis, II; Mourlon, I, 1056; Aubry e Rau, IV, § 550 bis, pag. 613 e 614 testo e not. 25; questi ultimi avevano per lo innanzi seguita l'opinione contraria di Proudhon e Duvergier. Anche il professor Laurent (IV, 328) è di contrario avviso. Non mi fermo a svolgere le ragioni dell'opinione comune; perchè essa nel nostro diritto ha una base giuridica incontestabile nella citata disposizione dell'articolo 1967, 2º, che manca nel diritto francese; nel quale perciò i nostri avversari sostengono, potersi l'usufrutto legale anche ipotecarsi, e nella loro dottrina tale decisione è perfettamente logica.

[3] Proudhon, De l'usufruit, I, 220; Marcadé, art. 385, II; Aubry e Rau, loc. cit.; Demolombe, VI, 528.

dal dovere di mantenere, educare ed istruire la prole, imposto ai genitori dal loro matrimonio (art. 130). Imperocchè questo peso inerente all' usufrutto innanzi tutto deve essere soddisfatto in proporzione dei beni usufruiti e non delle sostanze del padre che dieno meno mezzi di quelli. Secondariamente libera l'altro coniuge dall' obbligo impostogli dal citato articolo 130, in quanto è pecuniario, e semprechè i beni compresi nell' usufrutto sieno sufficienti. In terzo luogo non si estingue coll' acquisto di beni liberi che faccia il figlio per qualsiasi titolo; in tal caso però, se i prodotti dell' usufrutto sieno insufficienti, le spese graveranno per la parte deficiente sopra la rendita di questi. Da ultimo grava specialmente sopra tutte le rendite de' beni soggetti all'usufrutto, con diritto di prelazione a favore de' figli e contro i creditori personali del padre e della madre, che godono l' usufrutto: cose tutte che non si verificano nell' obbligo degli alimenti imposto dall' articolo 130. [1]

In secondo luogo è un peso inerente all' usufrutto legale il pagamento delle annualità o degl'interessi de' capitali che decorrono dal giorno in cui si apre l'usufrutto (art. 230, 2°); adunque gl'interessi decorsi prima di questo giorno, come se ad esempio, il testatore o il donante non avessero pagato, prima di morire o di fare la donazione, due o tre annate d' interessi, queste rimangono a carico della proprietà. [2]

---

[1] Consulta Proudhon, II, 183, 187 e seg.; Marcadé, art. 385, II, Demolombe, IV, 13, e VI, 358-542; Aubry e Rau, IV, 611; Mourlon, I, 1060-1062; Laurent, IV, 331. I Dottori francesi in base dell' art. 385 2°, Cod. Nap., notano una quinta differenza, che cioè il mantenimento, l' educazione ed istruzione del figlio devono essere proporzionati all' importanza de' suoi beni, e non a quella de'suoi genitori, se ne fosse minore; ma nulla di simile trovasi disposto nel Codice patrio, e dobbiamo esserne soddisfatti; perciocchè da una parte il sopravanzo dell' usufrutto sarà maggiore e potrà maggiormente profittare a tutti i membri della famiglia, e dall'altra sarà evitata quella differenza di trattamento, di educazione e d'istruzione tra fratelli che è contraria alla loro eguaglianza e ferisce il senso morale. Sia lasciata alla prudenza del genitore l'equa ed utile ripartizione delle rendite provenienti dai beni di uno dei figli.

[2] Nel diritto francese è opinione comune, ma combattuta, che l' usufruttuario debba pagare eziandio le annualità e gl'interessi de'capitali scaduti prima

In terzo luogo sono pesi inerenti all' usufrutto legale tutti gli altri obblighi, ai quali sono soggetti gli usufruttuari. Quindi, per esempio, tanto il padre quanto la madre devono godere de' beni compresi nell' usufrutto da buoni padri di famiglia; fare l' inventario de' mobili e la descrizione degl' immobili; eseguire le riparazioni ordinarie, e secondo casi anche le straordinarie; pagare i carichi annuali del fondo, e tutte le annualità sì perpetue come vitalizie, e gl' interessi di tutti i debiti o legati, di cui il patrimonio lasciato al figlio e soggetto all' usufrutto è gravato. Ma quello de' genitori che gode dell' usufrutto legale non è tenuto a prestar cauzione (art. 497, capov.).

Tutti questi pesi sono reali, dichiarando la legge, essere inerenti all' usufrutto, e non già imponendoli al genitore usufruttuario. Donde deriva che questi è tenuto alla soddisfazione de' medesimi non come debitore personale, ma come possessore del diritto di usufrutto; perciò vi è tenuto sino alla concorrenza del valore del suo usufrutto, e può liberarsene, rinunziando al suo diritto.

Rimane però ferma pel genitore usufruttuario l' obbligazione personale di mantenere, educare ed istruire la prole, siccome or or si diceva. E rimane pur ferma la obbligazione degli anzidetti pesi ed obblighi personali del figlio nelle sue rispettive qualità di erede, legatario, donatario, e di qualunque altra che abbia come proprietario de' medesimi beni; quindi, esempligrazia, esso sarà sempre obbligato a pagare le annualità e gl' interessi de' capitali, che il suo genitore usufruttuario non abbia soddisfatto. [1]

326. I modi con cui finisce l' usufrutto legale sono speciali e generali. I modi speciali sono sette. Imperocchè l' usufrutto

---

dell'apertura dell'usufrutto; ma gli stessi propugnatori di tale opinione, mentre la dimostrano conforme alle disposizioni legislative, riconoscono che più conforme ai principii giuridici sarebbe la contraria, che è stata accettata dal nostro legislatore.

[1] Consulta Demolombe, VI, 550; Laurent, IV, 334.

legale cessa in primo luogo coll'emancipazione, cessando con essa la patria potestà, della quale l'usufrutto legale è un diritto accessorio, come più volte si è detto (art. 228). Nulla rileva che l'emancipazione sia espressa o tacita per virtù del matrimonio (art. 310). [1] L'emancipazione estingue l'usufrutto, quand'anche fatta dalla madre, assente o interdetto il padre. Se l'emancipazione venga rivocata (art. 321), l'usufrutto risorgerà; perciocchè colla revoca dell'emancipazione si ristabilisce la patria potestà e con essa necessariamente l'usufrutto, che ne è un accessorio, un ausiliare. Ma tale revoca non produce effetto retroattivo; quindi i frutti percepiti dal figlio emancipato sono irrevocabilmente suoi. [2]

Cessa in secondo luogo colla età maggiore del figlio; per la medesima ragione che con essa cessa la patria potestà. Non monta che chi esercitava la patria potestà sia stato nominato tutore del figlio maggiore, che venga interdetto (art. 228, 324 e 330, capov.).

In terzo luogo l'usufrutto legale cessa col passaggio del genitore usufruttuario a seconde nozze, senza distinguere, se esso sia il padre o la madre (art. 232). La legge ha voluto con ciò impedire che le rendite provenienti dai beni compresi nell'usufrutto siano impiegate dal genitore usufruttuario a vantaggio del secondo coniuge e dei figli che gli nasceranno da questo; stornandole in tal guisa dalla loro destinazione regolare, cioè dalla soddisfazione dei pesi che sono inerenti all'usufrutto e specialmente del primo. Nè tale decadenza è del tutto spoglia di ogni carattere di penalità pel disfavore, con

---

[1] Mourlon, I, 1065; Demolombe, VI, 554; Laurent, IV, 336.

[2] Delvincourt, I, p. 317; Proudhon e Valette, II, p. 445, not. *a;* De Fréminville, De la minorité, II, 1083; Taulier, II, p. 96; Demolombe, VI, 555; Massé e Vergé su Zachariae, I, 273; Aubry e Rau, IV, § cit. pag. 614 testo e nota 30; Laurent, IV, 336; *contro* Toullier, II, 1303; II, 96; Favard, Rép. v° Emancipation, § 2, n. 6; Marcadé, art. 387, VII, 7; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 697; Demante, II, 129 bis, VIII, 257 bis, I.

cui la legge non può in generale non riguardare le seconde nozze, quando esistono figli del primo letto. [1]

L'usufrutto estinto colla celebrazione del secondo matrimonio non rivive, giusta l'opinione comune, allo sciogliersi del medesimo. [2] Non rivive neppure nel caso che il matrimonio venga annullato, senza distinguere se fu contratto dal genitore usufruttuario in mala o buona fede; perciocchè in ogni caso v'è stato il passaggio a seconde nozze, e la legge non richiede altro, perchè abbia luogo a danno del binubo la estinzione dell'usufrutto. [3] Deve però eccettuarsi il caso in cui il

---

[1] Nei ristretti limiti, entro i quali tengo il carattere della penalità che parmi ravvisare nella decadenza dell'usufrutto per passaggio del genitore usufruttuario a seconde nozze, reputo che esso non possa incontrare serie difficoltà; specialmente considerato che in tale decadenza incorre anche il padre, per parte del quale lo storno delle rendite è meno temibile di quello che da parte della madre; a tal segno che in ciò è riposta la ragione per cui nel diritto francese il padre non perde l'usufrutto, celebrando seconde nozze.

[2] Proudhon, De l'usufr., I, 144; Delvincourt, I, 248; Duranton, III, 386; Vazeille, Du mariage, II, 470; Demolombe, VI, 562; Aubry e Rau, IV, § 550 bis, pag. 615; Arntz, I, 661; Mourlon, I, 1066; *contro* Taulier, I, 496; Laurent, IV, 338. Questi ultimi basano la loro decisione sul principio generale che cessando la causa, debba cessare l'effetto: se non che essi stessi debbono riconoscere che non ostante lo scioglimento del principio, sosterrebbe la ragione della legge, ove esistano figli del secondo letto; eppure dalla generalità del principio sono ridotti a far rinascere l'usufrutto anche in questa seconda ipotesi; ma finchè esiste la ragione della legge, non dovrà questa aver effetto, ammenochè essa stessa ritiri, direi quasi, il suo impero? Non vi si tiene inoltre conto alcuno del carattere di penalità, che secondo i più, e anche secondo il mio avviso, non manca del tutto nella legge di decadenza dell'usufrutto.

[3] Proudhon, loc. cit.; Demante, II, 131 bis, V; Marcadè, art. 386 e 387, VI; Demolombe, VI, 563; Aubry e Rau, loc. cit. testo e nota 34; Mourlon, loc. cit.; *contro* Duranton, III, 387; Vazeille, loc. cit.; Laurent, loc. cit. La decisione contraria viene sostenuta col principio: *Quod nullum est, nullum producit effectum*. Ma questo principio non libera da veruna penalità, e perciò neppure dalla decadenza dell'usufrutto. Inoltre, non ostante la nullità del matrimonio, la ragione della legge può trovar posto anche in questa ipotesi, potendo esistere figli nati dal matrimonio annullato, e potendo eziandio continuarsi fra gli ex-coniugi rapporti intimi; ne' quali casi è patente il pericolo dello storno delle rendite provenienti dai beni compresi nell'usufrutto.

genitore usufruttuario abbia contratto il matrimonio per violenza, e per questo vizio del suo consenso lo faccia annullare.[1] Ma la vita licenziosa non pure del padre, ma anche della madre vedova, accompagnata o no dalla nascita de'figli naturali, non fa perdere l'usufrutto legale a quello dei due che lo gode (arg. *a contr.* art. 233); perciocchè non s'incorre veruna decadenza dei diritti, se non per espressa disposizione di legge, e d'altra parte tanto il padre quanto la madre, non ostante la loro vita licenziosa, possono esercitare degnamente la patria potestà.[2]

L'usufrutto legale cessa in quarto luogo coll'abuso della patria potestà, costituito dalla violazione o trascuranza dei doveri che impone, e dalla mala amministrazione delle sostanze del figlio. Stante tale abuso, il tribunale sull'istanza di alcuno dei parenti più vicini od anche del pubblico ministero (al quale perciò potranno far ricorso i parenti meno vicini, gli stessi figli [3] od anche gli estranei), può privare il genitore dell'usufrutto in tutto o in parte. Che se l'abuso della patria potestà non gli sembri sì grave da meritare la decadenza dal diritto di usufrutto, può provvedere all'interesse del figlio o colla nomina di un curatore ai beni di lui, o con altre misure che stimerà convenienti (art. 233). Le disposizioni dell'articolo 510 possono essere utilmente applicate a questo soggetto.

L'usufrutto legale cessa in quinto luogo colla condanna penale pronunziata contro il padre reo di aver prostituito o corrotto il figlio (art. 423, Cod. pen.); neppure questa produce un'estinzione definitiva, potendo l'usufrutto passare alla madre (art. 531).

---

[1] Demolombe, VI, 564; Aubry e Rau, loc. cit., not. cit. in fine.

[2] Consulta la Relazione Pisanelli, III, pag. 12; Marcadé, art. 367, VI; Demolombe, VI, 563, e XVIII, 250; Arntz, loc. cit.; Laurent, IV, 344 bis.

[3] I figli non possono promuovere essi l'azione contro il genitore, non solo per la loro incapacità, ma eziandio per il rispetto che debbono al medesimo (consulta l'importante sentenza della Corte di Torino, 23 marzo 1868, B. XX, 2, 247).

In sesto luogo cessa colla sentenza di separazione personale fra coniugi (art. 156).

Da ultimo cessa colla morte del figlio (art. 232).

Il quarto, il quinto e il sesto modo possono estinguere l'usufrutto in modo assoluto, o solamente farlo passare dal padre alla madre. L'usufrutto passa in questa, quando venga investita della patria potestà, o quando il marito e padre rispettivo sia privato dell'usufrutto per cause a lui personali, quale in ispecie, la separazione pronunziata per sua colpa (art. 156 e 231); è ben inteso che la moglie e madre rispettiva sia capace di goderne.

I modi poi generali, con cui si estingue l'usufrutto legale, sono quelli che per diritto comune fanno estinguere qualunque usufrutto; quali la morte dell'usufruttuario, salvo il diritto del coniuge e rispettivo genitore superstite; l'abuso, la consolidazione, lo spirare del tempo per cui fu accordato al genitore l'usufrutto sui beni da quello che li lasciò o donò ai figli di lui. Qui merita che si ricordi in modo speciale la rinunzia che ne faccia il genitore al quale appartiene. Niun dubbio che questi possa rinunziarvi, essendo l'usufrutto legale un diritto pecuniario e non morale, accessorio della patria potestà, e perciò d'interesse privato. Ma egli non può colla sua rinunzia mirare a frodare le ragioni de' suoi creditori; in quanto i medesimi possono farle valere sull'usufrutto; essi perciò possono dimandare la revoca della rinunzia fatta.[1] Del pari la sua rinunzia non può pregiudicare il diritto che ha l'altro genitore, di godere dell'usufrutto, tosto che l'esercizio della patria potestà passi in lui.[2] Nè i creditori però, nè il cogenitore possono insorgere contro l'emancipazione del figlio, che l'investito della patria potestà abbia fatto; perocchè l'emancipazione ha per oggetto diretto e immediato la liberazione

---

[1] Proudhon, De l'usufruit, V, 2398; Duranton, III, 394; Marcadé, articolo 387, 4; Demolombe, VI, 593; Aubry e Rau, IV, § 550 bis, pag. 616 testo e nota 38.

[2] Marcadé, art. 387, V.

dalla patria potestà e il susseguente acquisto di una capacità giuridica, e solo per conseguenza produce effetti pecuniari. [1] Resta che noti, come la rinunzia abbia effetto per l'avvenire e non pel passato; cosicchè il genitore usufruttuario resta obbligato anche dopo la rinunzia pe' pesi inerenti al suo usufrutto, che avrebbe dovuto soddisfare prima di fare la rinunzia.

327. Cessato l'usufrutto legale, se il genitore ha continuato a godere i beni del figlio abitante con esso senza procura, ma senza opposizione, od anche con procura ma senza condizione di render conto de' frutti, egli ed i suoi eredi non sono tenuti che a consegnare i frutti sussistenti al tempo della domanda (art. 234).

328. La patria potestà poi cessa:

1° Colla morte dei genitori. Colla morte di entrambi la patria potestà si estingue in modo assoluto. Ma se n'è investito il padre, e questi muore, lasciando superstite la moglie e madre rispettiva, allora la patria potestà passa nella madre. Avendo a verificarsi tal caso, il padre e marito rispettivo, come sopra è stato detto, [2] può per testamento, o per atto autentico stabilire condizioni alla madre superstite per l'educazione dei figli e per l'amministrazione dei beni; senza essere però la volontà di lui assolutamente obbligatoria per la madre;

2° Con la morte del figlio;

3° Con la maggiorità di questo;

4° Con la sua emancipazione espressa e tacita. Ma colla revoca dell'emancipazione rivive la patria potestà (art. 321);

5° Con la condanna alle pene di morte, dell'ergastolo, e dei lavori forzati a vita (art. 3, Disp. trans. per l'attuaz. del Cod. civ.), e con la condanna pronunziata contro il genitore reo di aver prostituito o corrotto il figlio (art. 423, Cod. pen.

---

[1] Toullier, VI; Duranton, Proudhon, Marcadé, Aubry e Rau, loc. cit.; Demolombe, VI, 594; Laurent, IV, 339; *contro* Merlin, Questions de droit, v° Usufruit paternel, § 1; Zachariae, § 118, not. 10.

[2] Vedi sopra, n. 315.

del 1859, e art. 241, Cod. civ.). Per effetto di tali condanne perde la patria potestà il genitore che le ha subite; ma ove ne sia il caso, essa passerà all'altro genitore;

6° Coll'abuso della stessa patria potestà, che ne faccia il genitore investitone, violando o trascurando i doveri che gli impone (art. 233). L'abuso della patria potestà non produce di diritto la decadenza dalla medesima. Appartiene all'autorità giudiziaria, sulla istanza di alcuno dei parenti più vicini de'figli, od anche del pubblico ministero, di decidere, se sia tanto grave da meritarsi dal genitore tal pena. [1] Ove lo privi della sua potestà, deve provvedere alla nomina di un tutore per i figli già soggetti alla stessa potestà. Ma nulla le impedisce di dichiarare che la patria potestà passi ne'relativi casi, dal padre alla madre. Nel qual caso si avrebbe non estinzione della patria potestà, ma mutazione del titolare della medesima. [2] Se al contrario l'autorità giudiziaria reputi che l'abuso della patria potestà non sia sì grave da doverne privare il genitore che ne è investito, potrà limitarsi a privarlo della sola amministrazione, nominando un curatore ai beni de'figli; potrà privarlo eziandio dell'usufrutto legale; e dare in fine tutti gli altri provvedimenti che stimerà convenienti nell'interesse de'figli medesimi, come, per esempio, ordinare che questi siano collocati in un istituto di educazione o presso terza persona (art. 253 e arg. art. 154). Tanto la nomina del tutore, quanto qualsiasi provvedimento, possono aver luogo per ordine dell'autorità giudiziaria, contro il padre esercente la patria potestà; quand'anche la madre e moglie rispettiva

---

[1] Vedi sopra, n. 326, *versic.* L'usufrutto cessa in quarto luogo: e la sentenza di Torino, 23 mar. 1868 sopra cit.

[2] Nella ipotesi fatta, la patria potestà non passa di diritto dal padre alla madre; l'articolo 233 sottomette in modo assoluto la bisogna all'autorità giudiziaria. E bene a ragione, perchè quando i coniugi convivono insieme, può non essere saggio partito che la moglie e madre rispettiva, dipendente dal marito e padre rispettivo privato della patria potestà, sia investita di questa con tutti i suoi attributi, potendo essere impedita dal marito medesimo di esercitarla pel maggior bene de'figli.

non sia redarguibile di nulla e conviva con lui; perciocchè può accadere che i figli non possano essere sottratti alla crudeltà o durezza del padre, se non staccandoli dal seno materno;[1]

7° Coll'interdizione giudiziaria, la quale riduce sotto tutela il genitore interdetto. Ma anche questa ne'congrui casi o estingue definitivamente la patria potestà, o fa che dal padre passi alla madre. Questo passaggio non è neppure definitivo; perchè il padre, reintegrato che sia nell'esercizio dei suoi diritti colla revoca dell'interdizione, ricupera eziandio la patria potestà;

8° Coll'assenza anche semplicemente presunta. Ma le sono applicabili, *mutatis mutandis*, le regole esposte nel caso precedente.

Resta che noti, secondo il mio avviso, che il genitore privato della patria potestà per condanna penale o per abuso, non possa essere reintegrato nell'esercizio della medesima; quand'anche nella sua condotta fosse avvenuto tal cambiamento da fare sperare che in avvenire ne adempirà i doveri; perciocchè la legge non autorizza tale reintegrazione, e non a torto; perchè la perdita della patria potestà fu ben meritata pena de'suoi delitti o delle sue colpe, e la sua resipiscenza non può mai dare sufficienti garanzie, rivelando e la gravità de'reati, e specialmente quelli commessi sulle persone de'figli, e l'abuso della patria potestà un cuore inumano o profondamente pervertito.

Le seconde nozze non solo non fanno perdere la patria potestà, ma neppure ne sospendono l'esercizio, salva la perdita dell'usufrutto legale.

Ma la madre, prima di passare a nuovo matrimonio, deve far convocare un consiglio di famiglia, a norma degli articoli 252 e 253. Questo deve deliberare, se l'amministrazione

---

[1] Vedi la nota precedente.

dei beni debba essere conservata alla madre, e in caso affermativo le può stabilire condizioni riguardo alla stessa amministrazione e alla educazione dei figli. Questa differenza di trattamento tra la patria potestà del padre e della madre nel caso delle seconde nozze, dipende dal passare questa sotto l'autorità del secondo marito, mentre il padre rimane sempre capo della famiglia.

Se la madre manca di convocare il consiglio di famiglia, perde di diritto l'amministrazione, e suo marito è risponsabile in solido dell'amministrazione esercitata per lo passato, cioè prima delle seconde nozze, e in appresso indebitamente conservata. In tal caso il pretore, sull'istanza del pubblico ministero, o di alcuna delle persone indicate negli articoli 252 e 253, od anche d'uffizio, deve convocare il consiglio di famiglia per deliberare sulle condizioni da stabilirsi per l'educazione dei figli e sulla nomina di un curatore ai loro beni (art. 238, capov. 1°). Il diritto di amministrazione non si ricupera dalla madre, ridivenuta vedova.[1] Ma il consiglio di famiglia può riammettere la madre all'amministrazione dei beni, la quale vi rientra nella qualità d'investita della patria potestà, e non di tutela o di cura.

In ogni caso le deliberazioni del consiglio di famiglia devono essere sottoposte all'omologazione del tribunale, il quale provvederà, sentito il pubblico ministero (art. 238 cong. all'art. 235, capov. 2°). Tanto il consiglio di famiglia, quanto il tribunale devono fondare la loro risoluzione sul carattere, sulla moralità, capacità, e sulle qualità del futuro patrigno.

Se la madre è mantenuta nell'amministrazione dei beni, o vi fu riammessa, suo marito s'intende sempre associato alla medesima nell'amministrazione e ne diviene risponsabile in solido (art. 239).[2] Ma non compete al minore l'ipoteca legale

---

[1] Vedi Demolombe, VII, 141.

[2] Consulta Delvincourt, I, 103, not. 10; Duvergier su Toullier, II, 1098; Duranton, III, 426; Aubry e Rau, I, § 92, pag. 374; Marcadé, art. 395, II;

sui beni del secondo marito di sua madre, quasi fosse un contutore.[1]

Certo è poi che la patria potestà continua ad appartenere e ad esercitarsi dalla madre sola.

Demolombe, VII, 126 e 127; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 395, 594 e 595; Valette, Explic. somm. du liv. I du Code Nap., pag. 231 e 232.

[1] Tale quistione è vivamente controversa fra i giureconsulti francesi (vedi per la negativa Delvincourt, loc. cit.; Valette su Proudhon, II, 290; Duranton, III, 426; XIX, 312; Marcadé, art. 395, II; Marchand, De la minorité, n. 21; Pont, Des priv. et hypot., art. 2121, n. 500; Martou, De spriv. et hypot., art. 768; e per l'affermativa Grénier, Des hypot., I, 28; Persil, 1, art. 2121, n. 32; Troplong, Des hypot., art. 2121, 426; De Fréminville, I, 51; Demolombe, VII, 128); ma si noti che per legge patria la madre amministra non quale tutrice, ma quale esercente la patria potestà; come adunque non sono soggetti all'ipoteca legale i suoi beni, così neppure quelli di suo marito.

TITOLO IX.

DELLA MINORE ETÀ, DELLA TUTELA, E DELLA EMANCIPAZIONE

SOMMARIO

329. Transizione alla minore età, alla tutela e alla emancipazione. Esposizione generale del soggetto. Divisione della materia.

329. La vita dell' uomo, siccome fu già accennato, si divide dalla legge in due periodi in ragione della sua capacità naturale, che serve poi di base alla sua capacità civile; che questi periodi si distinguono in età minore e in età maggiore; che la prima incomincia dalla nascita e termina a ventun anno; e che la seconda incomincia da quest' anno e termina alla morte.[1]

I minori non bastano a se stessi per ragione dell' età, i maggiori possono non bastare a se stessi per infermità mentale, per sordomutismo, e cecità: il maggiore prodigo reputasi quasi infermo di mente. Agli uni e agli altri provvede la legge in adempimento del supremo dovere sociale della tutela della persona e della proprietà dei singoli cittadini.

A tale effetto è istituita la patria potestà, la tutela e la cura. Della patria potestà si è trattato nel precedente Titolo, della tutela e della cura si tratterà nel Titolo presente e nel seguente, secondo che si esercitano sui minori o sui maggiori.

Ai minori provvede la tutela se non emancipati, e la cura se emancipati. Si discorrerà quindi partitamente della tutela de' minori non emancipati e della cura de' minori emancipati.

---

[1] Vedi sopra, n. 314.

CAPO I.

DELLA TUTELA DE' MINORI NON EMANCIPATI

SOMMARIO

330. Che cosa sia la tutela. È un ufficio sempre gratuito. Se e in qual senso sia un ufficio pubblico. Le leggi della tutela sono d'ordine pubblico. Di quali e quante persone si costituisca la tutela. A favore di quali persone sia stabilita. Divisione della materia.

330. La tutela è la potestà concessa dalla legge o dall'uomo ad una persona per difender quelli che, indipendenti dalla patria potestà, sono in età minore o in istato intellettuale da non bastare a se stessi, per rappresentarli negli atti della vita civile e per amministrarne i beni (art. 277 e 329).[1]

La tutela è un ufficio gratuito: ma tanto il testatore quanto il consiglio di famiglia possono assegnare al tutore qualche onorario, attesa la gravezza dell'onere e il danno che può cagionargli l'adempimento degli uffizi tutelari.[2] È un ufficio anche pubblico, in quanto è deferito dalla legge per ragione d'interesse generale; e perciò è obbligatorio, salve le eccezioni stabilite formalmente dalla legge.

Per la stessa ragione sono di diritto pubblico le leggi che la regolano, alle quali perciò non può derogarsi. Così, fra le altre cose, non può stabilirsi un modo di amministrazione diverso da quello prescritto dalla legge, nè dispensarsi il tutore dall'osservanza delle formalità dalla legge medesima ordinate.[3]

La tutela si compone di tre ordini di persone; del tutore, del protutore, e del consiglio di famiglia o di tutela.

---

[1] Inst. § 1, de tutelis, I, 13; Leg. 1 princ. D. de tutelis, XXVI, 1.
[2] Demolombe, VII, 160.
[3] Demolombe, VII, 143-149; Aubry e Rau, I, § 89, pag. 369.

La tutela è istituita a favore:

1° Dei figli legittimi o legittimati, minori di età, non emancipati e indipendenti dalla patria potestà per morte, assenza, condanna de' genitori, o per abuso che questi ne abbiano fatto;

2° Dei figli naturali riconosciuti o dichiarati, che siano minori, non emancipati e non soggetti alla tutela legale dei loro genitori;

3° Dei fanciulli ammessi negli ospizi, non soggetti del pari nè alla patria potestà, nè alla tutela legale de' loro genitori;

4° Dei figli minori d'ignoti genitori non ricoverati in un ospizio;

5° Degl'interdetti.

SEZIONE I.

DEI TUTORI

SOMMARIO

331. La tutela può essere testamentaria, legittima e dativa, secondochè è deferita dal padre o dalla madre per atto di ultima volontà, dalla legge o dal consiglio di famiglia o di tutela.

La tutela testamentaria non può essere deferita se non da quello dei genitori che rimane superstite e che al tempo

della sua morte sia nell'esercizio della patria potestà (art. 242 e 243).

Derivando dalla patria potestà il diritto di nominare un tutore, è indifferente che il genitore superstite sia maggiore o minore di età; che sia il padre o la madre; che la madre vedova non abbia mutato stato, o sia passata a seconde nozze; e che in questo secondo caso siale stata conservata o tolta l'amministrazione de' beni del figlio; perciocchè la patria potestà si gode anche dal genitore minore e dalla madre, benchè passata a seconde nozze e non mantenuta nell'amministrazione de'beni del figlio.[1]

Il genitore può nominare a tutore testamentario tanto un parente quanto un estraneo (art. 242).

Il tutore testamentario non può essere nominato che ai figli legittimi e legittimati, che solo possono essere sotto la patria potestà, e non ai figli naturali riconosciuti o dichiarati (arg. art. 248), e molto meno ai figli adottivi.

La nomina del tutore testamentario deve esser fatta per atto notarile o per testamento (art. 542, capov.). Ma la nomina è revocabile anche quando è fatta per atto notarile; perciocchè eziandio in questo caso è un atto di ultima volontà.[2] La nomina deve esser fatta puramente e semplicemente; e non può esser fatta nè a termine, nè sotto condizione; imperocchè da una parte la legge non dà al genitore superstite la facoltà di fare la nomina del tutore con tali modalità, dall'altra parte e l'educazione de'minori e l'amministrazione de'loro beni esigono che il loro tutore sia certo ed immutabile. Il termine e la condizione, ove fossero opposti dal genitore alla nomina del tutore, debbono ritenersi per non scritti, come contrari alla legge (arg. art. 849).[3]

---

[1] Vedi Duranton, III, 453; Valette su Proudhon, II, 370; Demolombe, VII, 156 e seg.

[2] Locré, V, 53; Magnin, I, 476; De Fréminville, I, 80; Aubry e Rau, I, 371.

[3] Tutti i dottori sono d'accordo che la nomina a termine o sotto condizione è assolutamente interdetta al consiglio di famiglia, ma v'ha dissidenza

332. All'infuori de' genitori, veruna persona, eccetto il consiglio di famiglia o di tutel ane' casi ne' quali sono chiamati dalla legge a tale ufficio, può nominare tutori ai figli altrui.

Ma come ci è occorso già di notare,[1] qualunque persona che istituisca erede un minore può nominargli un curatore speciale per la sola amministrazione delle sostanze che gli trasmette, sebbene il minore sia sotto la patria potestà. È affatto indifferente che il testatore sia parente o affine del minore chiamato all'eredità, o gli sia affatto estraneo (art. 247). È pure indifferente che il genitore o il tutore del minore offra tutte le garanzie di un onestissimo e abile amministratore.

---

in riguardo alla nomina che fa il superstite de' genitori. Maleville (art. 401), Bloechel (§ 14), Toullier (II, 1105), Duranton (III, 439 e seg.), De Fréminville (I, 24), attenendosi al diritto romano, gli concedono puramente e semplicemente tale facoltà. Aubry e Rau, loc. cit., dimostrata l'inapplicabilità del diritto romano, negano in generale al genitore superstite quella medesima facoltà: *toutefois*, essi proseguono, *la nomination d'un tuteur faite sous de pareilles modalités, par le dernier mourant des père et mère, serait, selon les circonstances, susceptible d'être maintenue.* Finalmente Demolombe (VII, 226-230), dimostra la inapplicabilità dello stesso diritto romano, nega assolutamente tale facoltà, traendo dallo spirito delle leggi regolatrici della tutela e giustificate dall'interesse del minore pregiudicato dai cambiamenti di tutela, la regola che il tutore deve essere nominato puramente e semplicemente per esercitare la tutela immediatamente dopo la nomina sino all'età maggiore o all'emancipazione del minore. Da questa regola deduce queste tre conseguenze: 1° che la *nomination d'un tuteur ainsi faite, à terme ou sous condition ne confère pas à la personne ainsi nommée, un droit à la tutelle, et que le conseil de famille pourrait y pourvoir par la nomination d'un tuteur datif;* 2° *que le tiers, nommé par le conseil de famille, ne pourrait pas soutenir qu'il n'est pas tenu d'accepter, parce qu'il y aurait un tuteur élu par le dernier mourant des père et mère;* 3° *enfin que le conseil de famille pourrait n'admettre l'individu ainsi nommé à l'exercice de la tutelle qu'autant qu'il renoncerait à se prévaloir des modalités, terme ou condition; de telle sorte qu'il serait, à vrai dire, tuteur datif plus encore que tuteur testamentaire.* Quanto a me, reputo che la nomina sia valida; e che invece debbano aversi per non apposte le modalità. Imperocchè siccome la nomina del tutore, fatta dal genitore, è un atto di ultima volontà; così credo applicabile ad essa la disposizione del citato art. 849.

[1] Vedi sopra, n. 318.

Il testatore deve nominare il curatore ai beni, e non può invece proibire in modo diretto ai rappresentanti legali dell'erede l'amministrazione de'medesimi; essendo la facoltà concessagli non pure eccezionale e ristrettiva delle disposizioni generali di legge, ma anco odiosa verso i rappresentanti medesimi; e specialmente verso i genitori dell'erede. Rimarrà quindi senza effetto la proibizione, ove non vada accompagnata dalla nomina formale del curatore. Per la medesima ragione, al mancare di questo, l'amministrazione ritorna ai rappresentanti legali del minore, anzichè passare nelle mani di un curatore da nominarsi dall'autorità giudiziaria; eccetto che il testatore, prevedendo tale ipotesi, non abbia conferito a questa la facoltà di nominare il curatore da surrogarsi al mancato. Tale facoltà può esserle conferita anche in modo indiretto o tacito; come, per esempio, nel caso che risulti, essere stata volontà del testatore di togliere per sempre ai rappresentanti legali del minore, o agli stessi genitori di lui l'amministrazione de'beni ereditari.[1] I poteri e le obbligazioni di questo curatore sono quelli comuni a tutti gli amministratori.

333. In mancanza della tutela testamentaria si fa luogo alla tutela legittima.

Tale tutela è deferita all'avo paterno, e in sua mancanza (cioè se sia morto, e non già se sia incapace, escluso o dispensato) all'avo materno (art. 244). In mancanza degli avi, non sono ammessi alla tutela legittima gli altri ascendenti nè dell'una, nè dell'altra linea.

La tutela legittima si apre nel solo caso di morte del genitore superstite, che non lasci tutore testamentario (arg. articolo 243).[2] Se invece quegli non abbia potuto nominare il

---

[1] Consulta la sentenza della Corte di cassazione di Firenze, 9 dic. 1870, L. XI, 110.

[2] Merlin, Rép. v° Tutelle, sect. II, § 2, dist. 3, n. 2; Toullier, II, 1107; Duranton, III, 446; Magnin, I, 487; De Fréminville, I, 81; Demolombe, VI, 178.

tutore testamentario, perchè privo della patria potestà, si farà luogo alla tutela dativa. Che anzi si farà luogo a questa e non alla legittima, se il genitore abbia nominato il tutore che poi per qualunque causa non entri in funzione o ne cessi; perciocchè il genitore col nominare il tutore, benchè senza effetto, mostrò di non avere fiducia sufficiente negli avi di suo figlio, e li volle esclusi.[1] Ma se il tutore testamentario sia premorto al genitore che lo nominò, si apre la tutela legittima; perciocchè in tal caso la nomina si considera come non avvenuta.[2]

334. Ove il tutore testamentario e legittimo manchi sin dal principio, o venga a mancare in appresso per qualsiasi causa, cioè per incapacità, esclusione, rimozione, dispensa o morte, si fa luogo alla tutela dativa (art. 243).

La nomina del tutore dativo appartiene esclusivamente al consiglio di famiglia o di tutela (art. cit.).

335. Qualunque sia il numero de' figli, non può esser loro nominato nè dal genitore nè dal consiglio di famiglia o di tutela che un solo tutore (art. 246).

Nascendo conflitto d'interessi tra minori soggetti alla stessa tutela, deve essere nominato ad essi uno o più curatori speciali, giusta l'esigenza del conflitto medesimo; notando che il tutore continuerà a rappresentare una delle parti in conflitto. La nomina del curatore o dei curatori deve esser fatta dall'autorità giudiziaria ordinaria, davanti alla quale fosse vertente il giudizio, ed in ogni altro caso dal tribunale civile (art. 246. cong. coll'art. 224, capov. ult.).

---

[1] Toullier e De Fréminville, loc. cit.; Valette su Proudhon, II, 295; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 602 e 603; Demolombe, VII, 179 e 181; Aubry e Rau, I, § 101, pag. 413 testo e nota 1.

[2] Marcadé, art. 402-404, II; Valette, Aubry e Rau, loc. cit.; Massé e Vergé su Zachariae, I, 413; Laurent, IV, 402; *contro* Demolombe, VII, 180. L'opinione di questo dottore potrebbe piacere quando il genitore non abbia conosciuto la morte del tutore, rimanendo allora incerto se dopo questo, ne avrebbe nominato un altro per escludere o no gli ascendenti; ma è da preferirsi la decisione assoluta.

SEZIONE II.

DEL PROTUTORE

SOMMARIO

336. Del protutore. Che cosa sia. Può essere testamentario e dativo. Della nomina dell'uno e dell'altro. E dell'importanza di tal nomina.
337. Degli uffizi del protutore.
338. Della nullità degli atti fatti senza l'assistenza del protutore, e della risponsabilità in ordine a tali atti.
339. Dei modi con cui finisce la protutela.

336. Dal tutore passiamo a discorrere del protutore, seconda persona che figura nella tutela.

Il protutore è una persona posta a lato del tutore per sorvegliarne l'amministrazione, agire e rappresentare il minore nei casi, in cui l'interesse di questo sia in opposizione con quello del tutore, o la tutela sia divenuta vacante o sia stata abbandonata (art. 266).

Anco la protutela è un ufficio gratuito e pubblico, siccome la tutela.[1] La protutela è solamente testamentaria e dativa; non essendo conferita dalla legge.

Il protutore deve esistere in ogni tutela sia dativa, sia legittima, sia testamentaria.

Il protutore testamentario può essere nominato da quello de' genitori, che rimane superstite, e che può nominare il tutore. Può essere nominato nella medesima forma, che il tutore, cioè per testamento o per atto notarile (art. 264).

Quando manchi il protutore testamentario si fa luogo alla nomina del protutore dativo, la quale spetta esclusivamente al consiglio di famiglia o di tutela (art. 264). Nei casi in cui il consiglio di famiglia è chiamato ad eleggere il tutore e il protutore, l'elezione del tutore deve precedere quella del protutore;

---

[1] Vedi sopra, n. 330.

ma la nomina di questo deve farsi immediatamente dopo nella stessa adunanza (art. 264, capov.).

Nè nella nomina, nè manco nella dispensa e rimozione del protutore non ha voto il tutore; perciocchè a ragione degli uffizii stessi del protutore interessa sommamente ch'ei sia indipendente dal tutore sotto ogni rapporto. Questa medesima ragione dovrebbe regolarmente indurre il consiglio di famiglia a non nominare a protutore un parente del tutore, specialmente prossimo e della medesima linea.

Del resto la nomina del protutore è sì necessaria, che il tutore dativo o testamentario o legittimo non può assumere l'esercizio della tutela, se non vi è protutore. E ove non sia stato nominato, egli medesimo deve promuoverne la nomina senza ritardo, sotto pena della rimozione dall'uffizio di tutore e del risarcimento di ogni danno (art. 265). Del pari, se il protutore venga a mancare, il tutore deve promuoverne la nomina di un secondo (arg. art. 265).[1]

Ma i terzi non possono eccepire al tutore, che agisca contro di loro, la mancanza di nomina del protutore;[2] nè il minore può in tal caso dimandare la nullità degli atti fatti dal tutore; ammenochè l'intervento del protutore non sia specialmente richiesto per la validità dell'atto, o non sia necessario per l'opposizione dell'interesse del minore con quello del tutore.[3]

337. Il protutore ha primieramente l'uffizio di sorvegliare l'amministrazione del tutore. Ma non ne risulta per lui veruna risponsabilità speciale, se l'amministrazione medesima fosse stata tenuta negligentemente dal tutore; semprechè non si faccia reo di dolo o colpa grave, essendo allora soggetto all'obbligo di risarcire i danni, giusta il diritto comune.[4] Ma egli

---

[1] Vedi il Proc. verb. 18, III.

[2] Demolombe, VII, 363 e seg.; Aubry e Rau, I, § 103, pag. 417; Massé e Vergé su Zachariae, I, 416.

[3] Vedi sopra dott. cit.

[4] Toullier, II, 1138; Duranton, III, 522; De Fréminville, I, 161; Chardon, Des trois puissances, III, 441; Demolombe, VII, 391; Aubry e Rau, I, § 117, pag. 475.

non può immischiarsi nell'amministrazione dei beni del minore neppure per compiere atti di semplice conservazione. Nè questi nè altri atti però sarebbero assolutamente nulli, se li compisse, ritenendosi che allora abbia agito, almeno come un gestore di negozi; e se usurpi al tutore l'intero esercizio della tutela, sarà assimilato ad un tutore di fatto, salva sempre la risponsabilità del vero tutore.[1]

In secondo luogo il protutore deve agire pel minore e rappresentarlo nei casi in cui l'interesse di questo sia in opposizione con quello del tutore (art. 266); come se il tutore dovesse contrattare col minore, per affitto di beni, o fargli donazione, o si trovasse con lui in lite nella qualità sia di attore, sia di convenuto. Al contrario la rappresentanza del minore rimane presso il tutore; quando abbiano interessi identici e comuni, o interessi distinti e separati, senza essere opposti, come se, esempligrazia, acquistassero in comune dei beni da un terzo, o contro questo stessero in giudizio, o agissero per la nullità di un testamento, col quale si è lasciata ad un terzo un'eredità spettante loro *ab intestato*, o contestassero la qualità di erede ad un terzo, che li ha convenuti per la divisione dell'eredità; o si trattasse di divisione comune.[2] Ma se il contratto o la sentenza debba non solo dichiarare il diritto comune del tutore e del minore di fronte al terzo, ma ancora i diritti e gli obblighi dell'uno riguardo all'altro, vi sarà fra essi opposizione d'interessi, che rende necessario l'intervento del protutore. Così trattandosi di far riconoscere con una transazione la validità di un atto, per esempio, di un testamento che conferisse al minore e al tutore diritti distinti o anche comuni, l'assistenza del protutore sarà necessaria; contenendo la transazione una reciproca concessione delle ragioni pretese dalle rispettive parti.[3]

---

[1] Demolombe, VII, 373; Aubry e Rau, I, § cit. pag. 477 e seg.
[2] C. C. Torino, 29 lug. 1869, B. XXI, 1, 495.
[3] Aubry e Rau, I, § cit. pag. 475.

Il protutore è in fine tenuto di promuovere la nomina di un nuovo tutore in caso di tutela vacante od abbandonata, e di rappresentare frattanto il minore con la facoltà di fare tutti gli atti conservativi ed anche gli amministrativi che non ammettono dilazione (art. 266, capov.).

338. Gli atti fatti senza l'assistenza del protutore sono infetti da nullità relativa, proponibile dal minore, e in suo nome dai suoi eredi creditori ed anche dal tutore e dal protutore.

Il protutore in riguardo agli atti, ne' quali deve rappresentare il minore, è soggetto alla stessa risponsabilità del tutore, ma i suoi beni non sono soggetti ad ipoteca legale neppure per gli atti che egli deve compiere per ragione del suo uffizio (arg. art. 1969, 3°).[1]

339. Oltre ai modi con cui finisce la tutela, la protutela cessa con la nomina di un nuovo tutore, perciocchè l'antico protutore potrebbe non coesistere più convenientemente col tutore nuovo. Però è in facoltà del consiglio di famiglia di rieleggerlo (art. 276). In caso contrario deve procedere alla nomina di un nuovo protutore nei modi e termini che a quella del precedente.

SEZIONE III.

DEL CONSIGLIO DI FAMIGLIA

SOMMARIO

340. Che cosa sia il consiglio di famiglia. Quando si faccia luogo alla costituzione del medesimo. Chi abbia il potere di costituirlo; il pretore. Quali persone sono obbligate per legge ad informare il pretore del fatto che dà luogo alla tutela. In qual luogo venga costituito ed abbia sede il consiglio di famiglia. In qual tempo debba essere convocata.

341. Di quali persone si componga il consiglio di famiglia; pretore, consulenti, tutore o curatore e protutore. Quali persone siano consulenti di diritto. In mancanza di esse,

---

[1] Duranton, XIX, 313; Valette, Des priv. et hypoth. 284; Troplong, Des priv. et hypoth. n. 422; Pont, Des priv. et hypoth. art. 2121, n. 497; Demolombe, VII, 390.

da chi e fra quali persone debbono nominarsi i consulenti? Potere del pretore di dispensare dall'ufficio di consulente le persone che ne facciano parte. Il minore ha mai diritto di assistere al consiglio di famiglia? È o no gratuito l'ufficio di membro del consiglio di famiglia?

342. Della convocazione del consiglio di famiglia nel corso della tutela. Chi possa convocarlo; pretore e procuratore del Re. Il pretore può convocarlo sull'istanza di determinate persone, o d'ufficio. In qual luogo debba riunirsi il consiglio di famiglia. Le sue adunanze non sono pubbliche.

343. Dell'obbligo de' membri del consiglio di famiglia d'intervenirvi personalmente. Pena contro i trasgressori.

344. Formalità da osservarsi nella prima adunanza del consiglio di famiglia. Delle deliberazioni del consiglio di famiglia. Che cosa si richiegga per la loro validità; convocazione di tutti i membri; presenza di alcuni di essi; maggioranza di voti. *Quid juris*, se la maggioranza non si ottenga per la diversità delle opinioni? *Quid juris*, se vi abbia parità di voti? Formalità da osservarsi, quando la deliberazione non è presa all'unanimità. Se e quando i membri del consiglio di famiglia il tutore o il protutore debbono astenersi dal prender parte alle deliberazioni del medesimo.

345. Sopra quali atti il consiglio di famiglia sia dalla legge chiamato a deliberare. Il tutore può sentirne il parere intorno ad atti diversi? Scrittura delle deliberazioni.

346. Delle nullità degli atti del consiglio di famiglia per vizio di sostanza. Della inesistenza o nullità dei medesimi per difetto di forma.

347. Il consiglio di famiglia è risponsabile verso il minore delle conseguenze dannose delle sue deliberazioni.

348. Consiglio di tutela. Quando si faccia luogo alla sua costituzione, e di quali persone debba comporsi. *Quid juris* dei fanciulli ammessi negli ospizi? Anche l'ufficio di membro del consiglio di tutela è gratuito.

340. Viene terzo nella tutela il consiglio di famiglia o di tutela, come terzo ed ultimo suo componente.

Il consiglio di famiglia o di tutela è una magistratura domestica permanente, istituita per provvedere, sorvegliare e completare la tutela de' figli minori che vi sono soggetti. Ma manca affatto di ogni giurisdizione e di ogni potere di fare eseguire le sue deliberazioni.

Incominciando dal consiglio di famiglia, si fa luogo alla sua costituzione,

1° Quando si apra la tutela, giusta la disposizione dell'articolo 241;

2° Quando si faccia l'emancipazione del minore soggetto alla patria potestà (arg. art. 319-321); [1]

---

[1] Quando il minore non viva sotto la patria potestà, sussiste già il consiglio di famiglia e di tutela.

3° Quando si pronunzi l'interdizione (art. 329) o l'inabilitazione (art. 339);

4° Quando la madre de' figli minori voglia passare a secondi voti (art. 237);

Il consiglio di famiglia è costituito dal pretore del mandamento, dove si trova la sede principale degli affari del minore.[1] A tale effetto è imposto a determinate persone l'obbligo d'informare il pretore del fatto che dà luogo alla tutela. In ispecie l'uffiziale dello stato civile, che riceve la dichiarazione di morte di una persona che abbia lasciato figli in minore età, o davanti il quale una vedova abbia contratto matrimonio, deve informarne prontamente il pretore. È del pari imposto al tutore nominato dal genitore a tutore legittimo e a quei parenti che per legge sono membri del consiglio di famiglia di denunziare al pretore, sotto pena dei danni in solido, il fatto che dà luogo alla tutela (art. 250). Ma anche senza tali preavvisi e richieste il pretore, può d'ufficio costituire il consiglio di famiglia (arg. art. 257, capov. 1°).

Il consiglio di famiglia è costituito ed ha sede presso il pretore che lo costituisce. Tuttavia se il tutore sia domiciliato o trasferisca il domicilio in altro mandamento, può per decreto del tribunale civile esservi trasferita la sede del consiglio di famiglia (art. 249, capov.). Altrettanto dicasi, se un secondo tutore avente un domicilio diverso venga surrogato al primo.

Il pretore, assunte all'uopo le opportune informazioni, deve convocare nel più breve termine il consiglio di famiglia, per dare i provvedimenti che occorrono nell'interesse dei minori (art. 250, capov. ult.).

341. Il consiglio di famiglia si compone del pretore, che lo costituisce, e di quattro consulenti.

---

[1] Questo luogo sarà o no il domicilio del minore nel momento dell'apertura della tutela, secondo che quivi era o no domiciliato il superstite de'genitori, il cui domicilio aveva di diritto il minore (Vedi sopra, n. 135).

Sono consulenti di diritto, quando non fanno parte del consiglio di famiglia in altra qualità (cioè come pretore, tutore, protutore e curatore);

1° Gli ascendenti maschi[1] del minore, senza distinzione di linea paterna o materna;

2° I fratelli germani. Sotto il nome di fratelli germani non vengono i consanguinei.[2] I fratelli germani sono consulenti di diritto, anche allora che il loro genitore sia il tutore del loro fratello o della loro sorella interdetta;[3]

3° Gli zii. Sotto il nome degli zii vengono anche i prozii (art. 252).[4]

Nel primo e terz'ordine sono preferiti i prossimi; perciò gli avi escluderanno i bisavoli e gli zii escluderanno i prozii. Inoltre i prossimi di un ordine rimangono esclusi dai più prossimi di un altr'ordine; così, per esempio, i bisavoli che fossero i più prossimi ascendenti, rimangono esclusi dai germani, e i trisavoli anco dagli zii, di modo che il consiglio può risultar composto dai due avi paterno e materno, e da due fratelli

---

[1] La legge, esigendo che l'ascendente sia di sesso maschile, esclude la madre del minore emancipato e dell'interdetto dal consiglio di famiglia ne' casi in cui non siane curatrice o tutrice (Consulta Firenze, 16 feb. 1869, A. III, 2, 132). Tale disposizione ne sembra improvvida ed ingiusta. Il padre invece ne' congrui casi ne fa parte, anche nella qualità di ascendente.

[2] La Corte di Catanzaro (2 sett. 1867, B. XIX, 2, 533) decise il contrario, cioè che sotto il nome di fratelli germani sono compresi i consanguinei; ma tale decisione non può seguirsi, essendo i fratelli germani ben distinti dai consanguinei (art. 740). Dall'altra parte ammessi i consanguinei per lo stretto vincolo di parentela, giusta la ragione della Corte, non possono esserne esclusi gli uterini, esistendo la stessa ragione, e non facendo il nostro diritto distinzione fra i consanguinei e gli uterini (art. 740). E che l'interpretazione della Corte sia arbitraria, me ne persuade anche il disaccordo fra essa e la Direzione della Raccolta di Giurisprudenza; perciocchè mentre essa reputa che l'espressione *fratelli germani* sia stata adoprata per contrapposto a *cugini*, tanto che sembrerebbe che implicitamente ritenesse non esclusi gli uterini, la detta Direzione tien per chiaro il concetto del Legislatore, di aver contrapposto i *fratelli germani* agli *uterini*.

[3] Napoli, 31 ott. 1866, A. I, 2, 374.

[4] Consulta il Proc. verb. 19, VI; Torino, 27 ott. 1868, B. XX, 2, 840.

germani: in mancanza di questi, da detti avi, e dagli zii o dai bisavoli. In parità di grado sono preferiti in ciascun ordine i più anziani; quindi, per esempio, se co' due avi concorressero tre fratelli germani, si presceglieranno fra questi i due più anziani. Inoltre, posta la parità di grado, i più anziani di un ordine escludono i meno anziani dell'altr'ordine; perciò i bisavoli e gli zii si escluderanno a vicenda, secondo che gli uni sieno più anziani degli altri. Mercè di questa doppia regola di prossimità di parentela e di anzianità resta determinata la nomina dei quattro consulenti fra numerosissimi eleggibili (art. 252).

Gli anzidetti parenti sono di diritto consulenti del consiglio di famiglia, quand'anche non sieno domiciliati o non risiedano nel mandamento nel quale ha sede (arg. art. 254).

Se tali consulenti non vi fossero affatto, o in numero insufficiente, il pretore deve nominare allo stesso uffizio altre persone, scegliendole, per quanto sia possibile e conveniente, tra i prossimi parenti ed affini del minore senz'ordine di preferenza, essendo la scelta rimessa all'arbitrio di lui, che la regolerà secondo le qualità personali dei parenti ed affini, secondo che cioè offrano maggiori guarentige pel minore, preferendo anche il remoto al più prossimo (art. 253).[1] Se mancassero parenti ed affini, il pretore dovrà scegliere a consulenti quattro persone fra quelle che abbiano avuto relazioni abituali di amicizia col padre o con la madre del minore. E se anche queste mancassero, deve scegliere a consulenti due consiglieri comunali, ovvero altre due persone che sieno capaci di essere membri del consiglio di famiglia. Ne sono capaci tutti quelli che possono essere tutori (art. 253, capov. e art. 261, 268 e 269).

Il pretore, per ragione delle distanze o per altri gravi motivi, ha facoltà di dispensare dall'uffizio di consulente le persone che ne facciano domanda, surrogandone altre secondo le norme

---

[1] Vedi Torino, 10 mag. 1867, e 20 giug. 1868, A. I, 2, 263; II, 2, 216; C. C. Firenze, 11 gen. 1860, B. XXI, 1, 20.

sopra stabilite. E con le stesse norme deve surrogare quei consulenti che nel corso della tutela cessino dall'uffizio per qualsiasi causa (art. 254 e 255, capov.).

Fanno altresì parte del consiglio di famiglia il tutore, il protutore, e pel minore emancipato, il curatore (articolo 241 capov. 1°).

In fine anche il minore, dopo compiuti i sedici anni, ha diritto di assistere, ma senza voto deliberativo, al consiglio di famiglia, di cui perciò gli deve essere notificata la riunione (art. 251, capov. 2).

Il consiglio di famiglia è preseduto dal pretore del mandamento in cui ha sede (art. 251). Se egli sia impedito, deve farsi rappresentare dal vice-pretore, ma non da uno dei consulenti, essendo la presenza sua, nella qualità di magistrato giudiziario, un elemento costitutivo ed essenziale del consiglio di famiglia. Neanco il tribunale potrebbe delegare uno de' suoi membri a presidente del consiglio.[1]

L'ufficio di membro del consiglio di famiglia è gratuito, tanto pel pretore e qualunque altro uffiziale, quanto per tutti i privati, siano o no parenti del minore (art. 263).

342. Il consiglio di famiglia nel corso della tutela si convoca dal pretore del mandamento in cui ha sede. Egli può convocarlo d'ufficio, quando ne conosca il bisogno, e lo deve sull'istanza del tutore, del protutore, del curatore e di due consulenti, o di qualunque degli aventi un interesse legittimo tanto pecuniario, quanto morale. Ciascuna di queste persone può dimandare la convocazione del consiglio per l'oggetto speciale che lo riguarda; come, per esempio, il tutore per ottenerne l'autorizzazione di certi atti e per riferirgli sulla cattiva condotta del minore; il protutore per promuovere la nomina di un nuovo tutore in caso di tutela vacante o abbandonata; il curatore per averne parimente l'autorizzazione di certi atti; gli aventi interesse pecuniario, come i creditori, per far nominare il tutore, e far prendere altri provvedimenti nel loro

---

[1] Demolombe, VII, 307; Massé e Vergé, I, 388.

interesse; gli aventi interesse morale, come i parenti, per far provvedere all'educazione del minore, negletta dal tutore; e il minore, come avente interesse pecuniario e morale, per reclamo contro il tutore che abusi della sua autorità, o trascuri gli obblighi del suo uffizio.[1]

La convocazione può anche essere ordinata dal procuratore del Re (art. cit., capov. ult.), al quale perciò possono far ricorso le persone, che invano ne abbiano fatta dimanda al pretore.

Oltre il pretore e il procuratore del Re, non avvi altra persona che possa dimandare la convocazione del consiglio di famiglia. Ma chiunque può denunziare ad essi i fatti che rendano necessaria o provvida la convocazione del consiglio di famiglia.

Il consiglio di famiglia si riunisce presso il pretore, quand'anche sia convocato dal procuratore del Re (arg. art. 249). Ma nulla impedisce al pretore di designare qualche altro luogo che qualche volta può essere più conveniente; come se, per esempio, alcuno de' membri del consiglio, più competente degli altri a discutere l'affare, si trovi infermo.[2]

343. Le persone chiamate nei consigli di famiglia sono tenute a intervenirvi personalmente, e non possono farsi rappresentare da speciali mandatari, quand'anche nominati fra i consulenti, che intervengono. Non possono farsi rappresentare neppure allora che esse siano domiciliate fuori del mandamento ove ha sede la tutela; perciocchè, col non invocare il benefizio dell'articolo 253 per sottrarsi all'ufficio di consulenti, si sono volontariamente sottoposte alla legge comune.

Se alcuno non intervenga e non giustifichi la sua assenza, è punito con ammenda estendibile a lire cinquanta. Chi poi non intervenisse abitualmente senza giusta e permanente causa, il pretore, oltre la surrogazione che deve fargli di altro consulente, è tenuto a riferirne al procuratore del Re, il quale deve

---

[1] Vedi Demolombe, VII, 282-286.
[2] Vedi Demolombe, VII, 300.

promuovere contro di esso in giudizio civile l'applicazione di una multa estendibile a lire cinquecento (art. 255, capov).

Le adunanze del consiglio di famiglia non sono pubbliche.[1]

344. Nel processo verbale della prima adunanza del consiglio di famiglia debbono enunciarsi i fatti da cui ciascuno de' suoi membri ripete la propria qualità (cioè la parentela per cui si è consulente di diritto, o la nomina a consulente fatta dal pretore, o la nomina a tutore fatta dal genitore defunto, o il conferimento della tutela per ministero di legge, e via discorrendo) e deve dichiararsi, se il consiglio sia regolarmente costituito (art. 256).

Per la validità delle deliberazioni del consiglio di famiglia si richiede la convocazione di tutti i membri di esso e la presenza almeno di tre fra' consulenti e del tutore, protutore o curatore, oltre il pretore (art. 258). Non si richiede che tutti prendano parte alla deliberazione: basta la sola presenza; perciocchè questa sola è richiesta dalla legge, e a buona ragione; perocchè altrimenti la minoranza potrebbe impedire ogni deliberazione con danno del minore.[2] Se per avventura veruno de' quattro consulenti di diritto trovisi in condizione d'intervenire, e il negozio da deliberare non ammetta dilazione, almeno lunga, il pretore può provvisoriamente ed anche per una sola volta ricostituire il consiglio con le altre persone chiamatevi più prossimamente dalla legge: altrimenti ne aggiornerà l'adunanza. Che anzi questa facoltà di aggiornare l'adunanza compete al pretore in tutti i casi in cui lo creda utile agl'interessi del minore, quand'anche vi sieno intervenuti tutti i membri, potendo non essere l'esame dell'affare maturato abbastanza per essere deliberato.

Il consiglio delibera a maggioranza assoluta di voti, cioè della metà più uno. Quando non si ottenga la maggioranza

---

[1] Duranton, III, 350; Aubry e Rau, I, § 94, pag. 383 e 384; Massé e Vergé, I, 396; Demolombe, VII, 301.

[2] Demolombe, VII, 305; Laurent, IV, 460.

assoluta per la diversità delle opinioni, due di queste, qualunque siano, sono messe ai voti per escluderne una. Quella che non viene esclusa, è messa di nuovo ai voti con una delle opinioni restanti, per decidere quale debba essere eliminata. Tale operazione eliminativa si ripete, finchè le opinioni sieno ridotte a due, sulle quali i membri del consiglio votano definitivamente (arg. art. 359, Cod. di proc. civ.). [1] A parità di voti poi ha preponderanza quello del pretore (art. 258).

Se la deliberazione non è presa all'unanimità, deve farsi menzione nel processo verbale dell'opinione di ciascun membro del consiglio di famiglia; affinchè sulla medesima, impugnata che sia, possa il tribunale decidere con piena cognizione di causa (art. 260).

I membri del consiglio debbono astenersi dal prender parte alle deliberazioni nelle quali hanno un interesse personale, come i fratelli germani del minore per l'autorizzazione del giudizio di divisione della comune successione (art. 259).

Parimente il tutore non ha voto, quando si tratta della nomima, dispensa o rimozione del protutore (art. 259, capov.).

In fine il protutore non ha voto, quando si tratta della dispensa o rimozione del tutore o della nomina di un nuovo tutore (art. 259, capov.).

Del resto non è necessario che le deliberazioni sieno motivate. [2]

345. Il consiglio di famiglia ha parecchie attribuzioni. Primieramente esso è chiamato, ne' relativi casi, a nominare,

---

[1] Nel silenzio assoluto del Codice sopra un'ipotesi, che può essere assai frequente, non saprei quale altra regola seguire per evitare l'arbitrio. Del resto la disposizione dell'art. 359 del nostro Codice di procedura provvede a tutte le ipotesi; perciò sarebbero per noi illegali i varii provvedimenti proposti nel diritto francese (Consulta in proposito, se ti piace, Duranton, III, 466; Marcadé, art. 416; Valette su Proudhon, II, 323, 2; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 614; Aubry e Rau, loc. cit.; Demante, II, 164 bis, I; Demolombe, VII, 314-317; Massé e Vergé su Zachariae, I, 397 e seg.).

[2] Merlin, Rép. v° Motifs des jugements, n. 20; Demolombe, VII, 318; Aubry e Rau, I, 347.

escludere, rimuovere e dispensare il tutore e il protutore e il curatore. In secondo luogo è chiamato ad autorizzare, consentire e compiere determinati atti; così autorizza il tutore a fare gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione; consente nel matrimonio del minore; lo emancipa e revoca la emancipazione; e dispensa il tutore dal prestar cauzione, ove lo assoggetta. Infine è chiamato a dare il suo parere intorno alla interdizione che si vorrebbe pronunziare contro il maggiore o il minore. Ma è in facoltà del tutore di sentire il parere del consiglio di famiglia anche sugli atti di sua esclusiva competenza; il consiglio però può ricusarsi di darlo, e dandolo, il tutore può non seguirlo, e seguendolo, non cessa di essere personalmente risponsabile.[1]

Le deliberazioni del consiglio di famiglia sono scritte in un processo verbale redatto dal cancelliere del pretore (art. 812, Cod. di proc. civ.); nulladimeno non sono atti pubblici, di cui quegli sia obbligato o autorizzato a rilasciar copia a chiunque gliene faccia dimanda.

346. Le deliberazioni del consiglio di famiglia possono essere impugnate per vizio di sostanza, quando cioè non siano prese nell'interesse del minore, e per vizio di forma.

Per vizio della sostanza, ogni deliberazione, quando non è presa all'unanimità, può essere impugnata (art. 260, capov.); purchè non sia soggetta all'omologazione (art. 815, Cod. di proc. civ.).

L'azione può essere promossa dal tutore, dal protutore, dal curatore, ed anche dai membri intervenuti all'adunanza che furono di avviso contrario a quello della maggioranza dei membri (art. 260, capov.). Che anzi, può essere promossa anche da quelli che votarono a favore della deliberazione, o che dopo votatovi contro, vi si acquietarono (arg. art. 227 e 335).[2]

---

[1] Demolombe, VII, 322.

[2] Non osta che niuno può insorgere contro il fatto proprio; perchè nella ipotesi presente questo fatto non riguarda l'interesse personale del membro

Può del pari la deliberazione impugnarsi dal ministero pubblico, sopra informazione del pretore, o anche d'ufficio, prima che sia eseguita (art. 815, Cod. di proc. civ.).[1] Ma senza dubbio non può essere impugnata dal pretore (arg. *a contr.* articolo 815 cit.).[2]

L'azione deve essere promossa avanti il tribunale, nella giurisdizione del quale ha sede il consiglio di famiglia, in contraddittorio dei membri che furono d'avviso conforme alla deliberazione (art. cit.). La dimanda deve essere loro notificata con citazione in via sommaria. Essi possono incaricare uno di loro di sostenere il giudizio (art. 815 cit.); e tanto essi, quanto i loro avversari possono appellare dalla sentenza del tribunale (art. 815 cit.).

Ma anche quando la deliberazione sia stata presa ad unanimità può essere impugnata; imperocchè la deliberazione presa all'unanimità può ledere le ragioni del minore come quella presa a maggioranza.[3] Può essere impugnata dalle medesime

---

che impugna la deliberazione, sibbene l'interesse del minore. Or come è permesso al padre, al tutore e al curatore di domandare la nullità degli atti da loro fatti; perchè appunto tale nullità torna a vantaggio del minore; così pari facoltà per la stessa ragione deve appartenere ai membri del consiglio di famiglia; benchè votarono a favore della deliberazione che ora impugnano (Zachariae, § 96; Aubry e Rau, I, § 96, pag. 389 testo e nota 2; Laurent, IV, 466). Anche l'illustre Demolombe (VII, 337), riconosce la legittimità del principio; ma trovando ostacolo all'applicazione del medesimo nella disposizione dell'articolo 883 del Cod. di proc. franc., identico all'articolo 260 del nostro Codice civile, immagina l'espediente di una nuova convocazione del consiglio di famiglia, da provocarsi dai membri che votarono a favore della deliberazione; acciò questi con nuova deliberazione possano impedire l'esecuzione della prima, riconosciuta ora da essi nociva agl'interessi del minore. Per vero non trovo nulla che osti a tale spediente. Tuttavia, considerato che l'articolo 260 non è concepito in termini ristrettivi, e che lo spirito della legge esige che sia interpretato estensivamente, reputo che la deliberazione ne possa essere senza più impugnata da que'membri del consiglio che votarono in favore di essa. Nè per le medesime ragioni mi fa difficoltà l'articolo 815 del Codice di procedura.

[1] Vedi Genova, 7 feb. 1868, B. XX, 2, 83.

[2] Aubry e Rau, loc. cit.; Laurent, IV, 467.

[3] Aubry e Rau, loc. cit.; Laurent, loc. cit.

persone in contradittorio di tutti i membri che persistono nella deliberazione presa.[1]

Quanto ai difetti di forma, importa innanzi tutto di distinguere se essi cadono sopra una forma sostanziale o no. Nel primo caso gli atti del consiglio di famiglia sono inesistenti. Sono quindi inesistenti, se il pretore non presedè il consiglio, o non prese parte alla deliberazione o non votò;[2] se non furono convocati tutti i membri;[3] se i membri presenti furono meno di tre oltre il pretore;[4] se infine non vi fu maggioranza assoluta.

Al contrario gli atti del consiglio di famiglia sono semplicemente annullabili per ragione d'incompetenza o d'irregolare sua costituzione.[5] Nulla rileva che non siavi stato nè dolo, nè danno.[6] Fra gli atti relativi alla formazione del consiglio di famiglia, e per ciò annullabili, si comprende il decreto del pretore che convocò le persone le quali dovevano farne parte, e la dichiarazione sulla regolarità della sua costituzione.[7] L'azione deve essere proposta entro sei mesi dal giorno della prima convocazione: trascorso questo termine, la nullità degli atti si ha per sanata (art. 256, capov.).[8] Ma tali atti neppure entro i sei mesi possono annullarsi a pregiudizio dei terzi che siano stati di buona fede (art. e capov. cit.). La disposizione del citato articolo 256 non è applicabile all'azione di

[1] Consulta Demolombe, VII, 335 e 336; Aubry e Rau, I, 348; Laurent, IV, 469 e 470; ma tieni conto delle loro discrepanze nell'applicazione del principio alle singole specie.

[2] Demolombe, VII, 329; Aubry e Rau, I, § 96, pag. 394 testo e nota 14.

[3] Duranton, III, 465 not.; Magnin, I, 347; Demolombe, VII, 290; Aubry e Rau, 350.

[4] Duranton, loc. cit.; Demolombe, VII, 329; Aubry e Rau, loc. cit.

[5] Consulta Toullier, II, 1119; Valette su Proudhon, II, 328; Demolombe, VII, 327-333; Aubry e Rau, I, § cit. pag. 392-393; Marchand, De la minorité, p. 134; De Fréminville, I, 85; Duranton, III, 479; Taulier, II, p. 35; vedi pure Catanzaro, 3 mag. 1867, A. I, 2, 564.

[6] C. C. Torino, 8 mag. 1867, B. XIX, 1, 331.

[7] C. C. Firenze, 11 gen. 1869, B. XXI, 1, 20.

[8] Vedi Torino, 27 ott. 1868, B. XX, 2, 840.

nullità diretta contro la nomina di un tutore, fatta dal consiglio di famiglia in modo illegale.[1]

347. Quantunque veruna disposizione speciale dichiari i membri del consiglio di famiglia responsabili verso i minori delle conseguenze delle deliberazioni alle quali hanno preso parte; tuttavia pel principio generale che ognuno è tenuto pel suo dolo (al quale si equipara la colpa grave), i suddetti membri sono tenuti de' danni ed interessi, se nell'esercizio delle loro funzioni avessero agito con dolo o con colpa grave; come se nominassero un tutore notoriamente incapace o insolvibile, o autorizzassero la vendita d'immobili senza necessità o evidente vantaggio del minore.[2]

348. Passando ora al consiglio di tutela, esso viene costituito nell'interesse dei figli minori nati fuori del matrimonio;[3] eccettochè non si trovino sotto la tutela legale esercitata dal genitore a norma dell'articolo 184.

Se la filiazione è legalmente riconosciuta o dichiarata, il consiglio si compone del pretore e di quattro persone da lui scelte fra quelle che abbiano avuto relazioni abituali di amicizia col genitore. In caso diverso il consiglio di tutela si compone del pretore, di due consiglieri comunali o di due altre persone scelte dal pretore stesso. Sono del resto comuni al consiglio di tutela, in quanto siano applicabili, le disposizioni riguardanti i consigli di famiglia (art. 261).

Quanto poi ai fanciulli ammessi negli ospizi a qualunque titolo e sotto qualsivoglia denominazione, che non abbiano parenti conosciuti e capaci dell'uffizio di tutore, essi sono confidati all'amministrazione dell'ospizio in cui si trovano, la quale forma per essi il consiglio di tutela, senza intervento di pretore, e può, ove le circostanze lo esigano, eleggere uno degli amministratori per esercitare le funzioni di tutore (articolo 262).

---

[1] Milano, 25 ott. 1863, A. II, 2, 344.

[2] Merlin, Rép. v° Avis de parents; Duranton, III, 473; Demolombe, VII, 352; Aubry e Rau, I, § 97, pag. 398.

[3] Vedi Torino, 16 sett. 1867, B. XIX, 2, 564.

Anche l'ufficio di membro del consiglio di tutela è gratuito (art. 261).

SEZIONE IV.

DELLA INCAPACITÀ E DELLA ESCLUSIONE E RIMOZIONE DAGLI UFFIZI TUTELARI

SOMMARIO

349. Dopo esposto quanto riguarda i tutori, i protutori e il consiglio di famiglia o di tutela, come persone costituenti la magistratura domestica della tutela, passiamo a vedere quali persone possano essere tutori, protutori e membri del consiglio di famiglia o di tutela.

Possono essere tutori e protutori e membri del consiglio di famiglia o di tutela [1] tutti quelli che la legge non ha dichiarati incapaci, esclusi o rimossi dalla tutela.

Quanto agli effetti; l'incapacità, l'esclusione e la rimozione non differiscono fra loro; perciocchè tutte e tre privano le persone del diritto comune di essere tutori, protutori e membri del consiglio di famiglia; ma l'incapacità ne le priva per cause che non colpiscono il loro onore e probità, a differenza delle cause di esclusione e di rimozione. Inoltre l'esclusione si applica ai tutori legittimi e testamentari non entrati in funzione; nè a tutori dativi sono nominate le persone escluse. La rimozione al contrario può colpire tutte e tre le classi di tutori.

---

[1] D'ora innanzi nominerò il solo tutore, col sottinteso di aver nominati anche il protutore e i membri del consiglio di famiglia; salvo formale esclusione o salva la patente inapplicabilità delle decisioni a tutte e tre le persone.

Ciò esige e spiega l' interpretazione ristrettiva che deve farsene.

Incominciando dalle persone incapaci degli uffizi tutelari; sono tali dichiarate dalla legge in primo luogo le donne maritate, vedove e nubili: imperocchè ne' relativi casi gli uffizi tutelari non sono conciliabili coi loro doveri verso la propria famiglia; sono alieni dalle loro abitudini e non sempre proporzionati alla coltura da esse ricevuta; inoltre riguardi di decenza consigliano in generale che donne ancor giovani e persino appena maggiorenni tengano in tutela giovani quadrilustri. Si eccettuano le ascendenti di qualunque linea e grado, e le sorelle germane del minore, attesa la speciale affezione che portano ai loro discendenti e germani; e l' intimità dei rapporti per ragione della parentela. È però necessario che tanto le une quanto le altre siano nubili o vedove e non maritate, per ragione della capacità giuridica e dei doveri di moglie e di madre (art. 268, 1°).

Sono incapaci in secondo luogo degli uffizi tutelari quelli che non abbiano la libera amministrazione dei loro beni, quali sono i minori, emancipati o no, gl' interdetti giudiziari e legali, gl' inabilitati; imperocchè sarebbe assurdo che chi non è capace di esercitare i propri diritti civili, abbia la capacità di esercitare gli altrui.

In terzo luogo ne sono incapaci tutti quelli che abbiano o siano per avere, o dei quali il padre, la madre, i discendenti di qualunque grado, o il coniuge abbiano o siano per avere col minore una lite, in cui si trovi messo in pericolo lo stato del minore, od una parte notabile delle sue sostanze (art. 278). La legge, col dichiarare tali persone incapaci, ha mirato a rimuovere ogni pericolo, a cui altrimenti si sarebbe trovato esposto il minore in ordine o al suo stato o ai suoi averi; stantechè esse, essendo tutrici, si troverebbero in lotta fra il dovere e l' interesse; e s' ingenererebbe contro di loro il sospetto di mala gestione per questo affare. Ma se la lite sia sorta o minacci di sorgere fra il minore e un' altra persona, di cui, per esempio, il tutore sia erede presuntivo, non v' ha incapacità; perocchè, come in generale, così in questo punto la disposizione

di legge deve essere interpretata ristrettivamente.[1] Se poi la lite metta o no in pericolo lo stato del minore, o una parte notabile o no delle sue sostanze, è questione di fatto da decidersi dal giudice col suo prudente criterio.[2]

All'infuora di queste persone non avvene altra che sia incapace degli uffizi tutelari, e specialmente non è incapace di essi lo straniero, essendo ammesso al godimento dei diritti civili (art. 3); nè dall'altra parte l'uffizio della tutela è pubblico perchè appartenga al diritto pubblico, ma perchè è d'interesse pubblico.

Se le cause d'incapacità sussistono nel tempo dell'apertura della tutela, le persone che ne sono colpite, non possono assumerla; e ove l'abbiano assunta, debbono cessare dalla medesima. Debbono del pari cessarne, se quelle cause sopravvenissero dopo avere assunta la tutela; così, per esempio, cessa necessariamente dal suo ufficio il tutore che venga inabilitato o interdetto (art. 268 princ.).

350. Sono esclusi dagli uffizi tutelari e devono esserne rimossi, quando li avessero assunti,

1° I condannati ad una pena criminale;

2° I condannati alla pena del carcere per furto, frode, falso, o per reato contro i buoni costumi;

3° Le persone di cattiva condotta (art. 269, 3°).[3] La cattiva condotta, costituita da costumi sregolati, allora dicesi notoria, quando è conosciuta dal pubblico. Ciò stante, il consiglio di famiglia non potrà pretendere d'indagare le abitudini intime

---

[1] Toullier, II, 1161; Proudhon, II, 345; Marcadé, II, 442; Mourlon, I, 1155; Demolombe, VII, 446; Massè e Vergé su Zachariae, I, 393; Demante, II, 193 bis, II; Laurent, IV, 517; *contro* Delvincourt, I, 107, not. 2; Duranton, III, 505; Aubry e Rau, I, § 92, pag. 374-375; Taulier, II, 50; De Fréminville, I, 143.

[2] Consulta Catanzaro, 2 sett. 1867, B. XIX, 2, 533.

[3] Consulta Leg., p. § 18, D. de susp. tut.; Inst. § 5 de excusat.; Marcadè, art. 444; Aubry e Rau, I, § 119, pag. 480 e seg.; Demolombe, VII, 484; Demante, II, 131 bis, IV.

e segrete della persona e renderle pubbliche esso medesimo per formarne causa di esclusione o di remozione; ma non gli è inibito d' indagare e ricercare la verità e gravezza della cattiva condotta, su cui si buccina. Ma ove la cattiva condotta e la sua notorietà vengano contestate, potranno essere provate con tutti i mezzi acconci all' uopo;[1]

4° Le persone notoriamente incapaci di amministrare; e più generalmente di adempire gli uffizi tutelari (art. e arg. art. 259, 3°); quali, per esempio, gl' infermi di mente e i prodighi non interdetti nè inabilitati; e tutti quelli che per mancanza di coltura sono inetti ai medesimi uffici. La notorietà dell' incapacità deve essere intesa nello stesso senso che la notorietà della cattiva condotta; ma il divieto d' indagare questa incapacità è assai minore del precedente, se pure non debba essere escluso affatto;

5° Le persone di provata infedeltà o trascuratezza o colpevoli di abuso di autorità nell' esercizio della tutela (art. 269, 3°). L'infedeltà e la trascuratezza provate sono meno della infedeltà e trascuratezza notorie; esse possono essere strettamente private. Altrettanto dicasi dell' abuso di autorità. Qualunque di questi difetti o colpe commesse nell' esercizio di altre amministrazioni (fosse ne' congrui casi anche la propria), o di altre tutele è causa di esclusione; commesse nell' esercizio della tutela presente è causa di remozione;

6° I falliti non riabilitati (art. 269);

7° Il condannato a pena correzionale per reato non indicato nel numero 2: questi non può essere tutore, finchè non abbia scontata la pena. Qualora avesse già assunta la tutela e la pena fosse maggiore di un anno di carcere, la perde, nè può esservi riammesso finchè dura la pena; se questa è minore di un anno, il consiglio di famiglia lo può rimuovere (art. 270).

Oltre di queste cause di remozione espressamente indicate dalla legge in questo luogo sono soggetti a remozione;

---

[1] Demolombe, VII, 486-494; Aubry e Rau, I, § 104, pag. 419; Marcadé, art. 443; Massé e Vergé su Zachariae, I, 418; Laurent, IV, 523.

8° Il tutore che ometta di fare l'inventario (art. 288) o non vi dichiari il suo debito (art. 286, capov.); che non promuova la nomina del protutore (art. 265, capov.); e finalmente che non prenda l'iscrizione legale giusta l'articolo 1983 (art. 1984). Quest'ultima causa di remozione è applicabile anche al protutore.

351. Le cause d'incapacità non hanno bisogno di essere pronunciate, essendo operative di diritto, meno quella per causa di lite; dovendo giudicarsi, se verta fra le persone sopranominate, e se il suo oggetto sia una parte notabile delle sostanze del minore.[1]

Le cause di esclusione e di remozione risultanti da sentenza operano parimente di pieno diritto, ma non le altre la cui esistenza e gravità è pur necessario di constatare.[2]

Le domande di esclusione e di rimozione dagli uffizi tutelari devono essere proposte dinanzi al consiglio di famiglia (articolo 270).

Quando si tratti di escludere o rimuovere il tutore o il protutore, il consiglio di famiglia non può deliberare se non sentiti o debitamente citati i medesimi (art. 271, capov.).

Tanto al tutore, quanto al protutore compete il diritto di richiamo davanti al tribunale contro la deliberazione del consiglio di famiglia; benchè presa all'unanimità; ammenochè il tutore o il protutore non vi abbiano aderito espressamente o tacitamente. Tale richiamo può anche farsi dal pubblico ministero, acciò la tutela non sia affidata o lasciata a persone che meritino di essere escluse o rimosse (art. cit.).

Ci sembra infine che la domanda di rimozione dagli uffizi tutelari debba sospendere le funzioni del tutore e del protutore, rimanendone meglio guarentito l'interesse del minore.[3]

---

[1] Demolombe, VII, 496 e 497.

[2] Demolombe, loc. cit.

[3] Inst. de susp. tut.; Leg. 14, § 1 in fin. D. de solut. L'opinione contraria è prevalente in Francia, la cui legge però le offre un fondamento che non troverebbe nella nostra; nè l'argomento *a contrario* che potrebbe desumersi dal capoverso dell'art. 266, in quanto considera le sole ipotesi di tutela vacante ed abbandonata, mi sembra che abbia gran valore; perciocchè nel caso non si tratta

SEZIONE V.

DELLE CAUSE DI DISPENSA DAGLI UFFIZI DI TUTORE E PROTUTORE

SOMMARIO

352. Eccetto gl'incapaci e gli esclusi, hanno l'obbligo di accettare la tutela tutti gl'Italiani, sieno o no parenti od affini del minore; perciocchè la tutela è uffizio pubblico (arg. art. 274).

Ma questa regola soffre eccezione per ragione di alcune cause determinate le quali dispensano i tutori e i protutori, da chiunque nominati, dall'assumere o dal continuare l'esercizio della tutela o della protutela.

Queste cause si distinguono in due classi; secondo che dispensano le persone cui riguardano, dall'assumere la tutela o la protutela, ma non dal continuarla *(a suscipienda et non a suscepta tutela)*; o le dispensano dall'assumerla e dal continuarla *(a suscipienda et a suscepta tutela)*.

Le prime sono fondate sopra un privilegio concesso per ragione o della posizione sociale delle persone, o delle funzioni da esse esercitate sull'amministrazione dello Stato. Le altre sono di vario genere, cioè il sesso, l'età, l'infermità, la prole, la tutela, la milizia, la lontananza per causa di pubblico servizio, e sono fondate sull'impotenza più o meno grave del

---

di nomina di nuovo tutore, ma di semplice sospensione delle funzioni dell'attuale. D'altra parte lo spirito che informa l'istituzione della tutela consiglia che si adotti ogni decisione favorevole agl'interessi e alla persona del minore.

tutore in rapporto alla gravezza dell'onere della tutela. Tanto delle prime quanto delle seconde alcune sono perpetue, altre temporanee.

Le persone dispensate dagli uffizi tutelari in virtù delle cause della prima classe sono:

1° I principi della famiglia reale, salvo che si tratti di tutela di altri principi della stessa famiglia;

2° I presidenti delle camere legislative;

3° I ministri segretari di Stato;

4° I presidenti del Consiglio di Stato, della Corte de'conti, delle Corti giudiziarie, e i capi del pubblico ministero presso le Corti medesime;

5° I segretari e direttori generali delle amministrazioni centrali del Regno, ed i capi delle amministrazioni provinciali (art. 272).

Come si diceva, queste persone possono dimandare di essere dispensate dall'assumere l'uffizio di tutore, e di protutore, quando in esse (e nelle prime si verifica sempre) esista la causa di dispensa nel momento dell'apertura della tutela, o della protutela. Ma se avendo causa di dispensa, tuttavia hanno accettato l'uffizio di tutori o di protutori, non possono in seguito dimandare di esserne dispensati, reputandosi che abbiano rinunziato al privilegio loro concesso (arg. *a contrario* art. 273 comb. coll'art. 272).

Se invece la causa di dispensa sopravvenga all'apertura della tutela o della protutela, e di conseguenza all'accettazione obbligatoria della medesima per parte della persona nominatavi, questa può dimandare di essere dispensata dal continuarne l'esercizio.[1] Ma se posteriormente rinunzia alle sue funzioni, non potrà dimandare di essere riammessa all'esercizio della tutela o della protutela (arg. *a contrario* art. 274, capov.).

Del resto la rinunzia alla causa di dispensa può essere espressa o tacita. La tacita risulta da fatti, specialmente dalla

---

[1] Aubry e Rau, I, § 108, pag. 427 e seg.

provocazione della nomina del protutore, dall' immistione nella tutela, e, secondo particolari circostanze, anche dal silenzio più o meno lungo.[1]

353. Le persone poi dispensate dagli uffizi tutelari in forza delle cause della seconda specie sono:

1° Le donne che possono essere tutrici, cioè le ascendenti e le sorelle germane del minore;

2° Coloro che abbiano l' età di sessantacinque anni compiti;

3° Quelli che siano affetti da grave e permanente infermità. Una malattia, per quanto grave ma di temporanea benchè lunga durata, non dispensa dagli uffizi tutelari. Il giudizio sul carattere della gravità è rimesso all' arbitrio del consiglio di famiglia, e in caso di ricorso contro la sua deliberazione, all' arbitrio del tribunale;

4° Il padre di cinque figli viventi, legittimi o legittimati, dell' uno o dell' altro sesso, maggiori o minori, emancipati o no, avuti da uno o più matrimoni. I concepiti non fanno numero:[2] neanco i figli naturali benchè riconosciuti, e gli adottivi; ma questi fanno numero a favore del loro padre legittimo.[3] De' figli morti sono computati quelli estinti in attività di servizio nell' esercito nazionale di terra e di mare; senza distinguere, se sieno morti in guerra o in pace, perciocchè anche in pace si è in attività di servizio;[4] gli altri no. Non sono computati neppure i discendenti di figli morti in guerra, nemmeno per un sol capo.[5] L' assenza non può equipararsi alla morte, se non nel periodo dell' immissione al possesso

---

[1] Demolombe, VII, 449.

[2] Duranton, III, 493; Demolombe, VII, 436; Aubry e Rau, I, § 107, pag. 426; Laurent, IV, 507.

[3] Delvincourt, I, 113, not. 8; Demolombe, VII, 431-438; Aubry e Rau, I, § 107, pag. 426-427; Marcadé, art. 435-436; Mourlon, I, 1149.

[4] Mourlon, I, 1149; Demolombe, VII, 437; Laurent, IV, 507.

[5] *Contro* Demolombe, VII, 437; ma non trovo ragione, almeno nel nostro diritto, per giustificare siffatta decisione.

definitivo.[1] La morte di qualunque genere, che incolga ai figli dopo la delazione della tutela, non nuoce, sicchè la causa di dispensa non cessa.[2] Del resto non rileva che la persona nominata a tutore sia ammogliata o vedova;

5° Chi sia già incaricato di una tutela di uno o di più minori, abbiano o no patrimonio, e questo sia ristretto o vasto; ma la protutela non equivale ad una tutela;[3]

6° I militari in attività di servizio;

7° Chi abbia missione dal Governo fuori del Regno, e chi per ragione di pubblico servizio risieda fuori del territorio del tribunale in cui si è costituita la tutela, come sarebbero gli ecclesiastici obbligati alla residenza (art. 273);

8° Gli estranei, ogni qual volta nel territorio del tribunale in cui si costitui la tutela, o in cui sia parte notabile delle sostanze del minore, risiedano parenti od affini di qualunque linea e grado, capaci di assumere i detti uffizi e non dispensati per causa legittima. Più ancora, se le cause, qualunque esse siano, per cui il parente od affine sia stato dispensato, cessano, l'estraneo che in conseguenza di tale dispensa fu costretto di assumere l'uffizio di tutore o di protutore, può ottenere di esserne liberato (art. 274). Ma se, dopo che l'estraneo ha accettato per obbligo la tutela, un parente od affine del minore venga a domiciliarsi nel territorio, in cui si costitui la tutela o in cui sia parte notabile delle sostanze del minore, egli non può dimandare di essere esonerato dal continuare la tutela, perchè quel parente non fu veramente dispensato.[4] I parenti e gli affini per il presente soggetto si trovano nella medesima condizione; ossia gli affini non possono eccepire che esistono

---

[1] Demolombe, VII, 439.

[2] Leg. 2, § 4, D. de exuss.; Leg. 231, D. de verb. oblig.; Demolombe, VII, 436.

[3] Sotto il Codice Napoleonico è comunemente adottata l'opinione contraria, ma per ragioni testuali desunte dal raffronto degli art. 426-435 di quel Codice, che d'altronde richiede l'esercizio di due tutele per la dispensa (Vedi Locré, VII, pag. 220 e 221; Demolombe, VII, 429 bis; Aubry e Rau, I, § 107, pag. 425).

[4] Marcadè, art. 442-444, I.

parenti; imperocchè se la parentela, come vincolo più intenso dell'affinità, dovrebbe rendere più che questa obbligatorii gli uffizi tutelari, dimanda e giustifica la parità di trattamento l'affetto degli affini verso il minore. Inoltre nè gli affini nè i parenti nominati a tutori possono eccepire che ne esistono de' più prossimi, perchè da una parte la legge non istabilisce preferenza; dall'altra l'importanza della tutela esige che non sia di soverchio ristretto il numero degli eleggibili. Ove però si tratti di un tutore dativo, questi può impugnare la deliberazione del consiglio di famiglia, colla quale è stato nominato; e ottenere che il tribunale, avuto riguardo alle circostanze, lo dispensi dalla tutela per l'esistenza di parenti od affini più prossimi, atti alla gestione della tutela (arg. art. 276).

Le anzidette persone, come si diceva, possono dimandare di essere dispensate dall'assumere la tutela o la protutela e dal continuarle, quando la causa sopravvenga dopo l'apertura delle medesime. Che anzi parmi benigna ed accettabile decisione che, se non ostante la causa di dispensa abbiano assunto e continuato la tutela, possano in ogni tempo dimandare di essere dispensate dal continuare nell'uffizio tutelare; perciocchè le cause di questa seconda classe si riferiscono ad impotenza e non a privilegio; e la donna, il settuagenario, l'infermo, il padre di cinque figli, e gli altri possono avere accettato o continuato l'esercizio dell'uffizio tutelare nella fiducia di adempierlo perfettamente, fiducia che alla prova hanno riconosciuta fallace. [1] Però questa benigna decisione non sarebbe mai applicabile all'estraneo, che non abbia dimandato di essere dispensato, a norma dell'articolo 274.

Le anzidette cause dispensano dalla tutela le persone che possono invocarle, quand'anche sieno avi del minore e senza

---

[1] Duranton, III, 489; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 629; Magnin, I, 372; *contro* Delvincourt, I, 113; not. 6; Aubry e Rau, I, § cit. pag. 423-424; Valette su Proudhon, II, 335; Demolombe, VII, 423; ma la legge francese offre ragioni che non vengono somministrate dalla nostra; esse ragioni inoltre non sono perentorie (Vedi Delvincourt e Valette, loc. cit., e Demolombe, VII, 426).

distinguere se sieno nominati tutori dal superstite de' suoi genitori, dalla legge o dal consiglio di famiglia. Ma niuna persona può invocare altre cause di dispensa, essendo limitative quelle ammesse dalla legge (art. 276).[1]

È data però facoltà al consiglio di famiglia di dispensare in ogni tempo il tutore e il protutore dal loro uffizio, qualora essi consentano a rassegnarlo e il consiglio reputi necessario un tale provvedimento nell' interesse del minore. La deliberazione del consiglio di famiglia, che accorda la dispensa, deve essere sottoposta all'omologazione del tribunale, se non è stata presa a voti unanimi (art. 276).[2]

354. La domanda di dispensa si propone al consiglio di famiglia. Se questo rigetti la dimanda, il tutore o il protutore può impugnarne la decisione dinanzi al tribunale, senza distinguere se sia stata presa all'unanimità o a maggioranza di voti. In questo caso un delegato speciale del consiglio di famiglia è ammesso a difenderne la decisione (art. 275).

Finchè pende la decisione del tribunale, il tutore o il protutore è tenuto a continuare nell'esercizio delle sue funzioni (art. 275). Tale esercizio sarà di vera tutela o protutela, se la loro dimanda non sarà ammessa; altrimenti di semplice amministrazione.

Se il consiglio accolga la dimanda di dispensa anche a sola maggioranza di voti, i membri dissidenti non possono impugnarne la decisione (arg. *a contr.* art. 275).

La dimanda di dispensa dev'essere proposta entro brevissimo termine; siccome esige l'interesse del minore. Ma non si decade dal diritto di promuoverla, non essendo sancita la pena della decadenza dopo un termine.

---

[1] Merlin, Rép. v° Tutelle, art. IV.

[2] Vedi Delvincourt, I, 114, not. 3; Valette su Proudhon, II, 340; Marcadé, art. 442; Massé e Vergé su Zachariae, I, 420; Demante, II, 186 bis, II.

SEZIONE VI.

DELL' ESERCIZIO DELLA TUTELA

SOMMARIO

355. Dell'esercizio della tutela. In che consista; aver cura della persona del minore; rappresentarlo negli atti civili; amministrarne i beni. In che consistano le funzioni del tutore in ordine alla cura della persona del minore; in educarlo, vegliarne la condotta, correggerlo.
356. Quali siano le funzioni del tutore riguardo alla rappresentanza del minore tenuta dal suo tutore. Far per lui e in nome di lui tutti gli atti civili. Eccezioni risguardanti gli atti strettamente personali. Nuoce alla validità dell'atto che esso sia compiuto dal minore con o senza l'assistenza del tutore?
357. Delle funzioni del tutore in ordine all'amministrazione dei beni del minore. Quali atti preliminari debba compiere prima dell'imprendere l'esercizio della tutela; nomina del protutore, rimozione dei sigilli, formazione dell'inventario. Quale sia lo scopo di questo inventario; entro qual tempo debba compiersi. *Quid juris*, se abbia luogo la surrogazione del tutore? Coll'intervento di quali persone debba farsi l'inventario. Quali indicazioni vi debbano esser fatte. Il tutore può essere dispensato dal fare l'inventario? Risponsabilità del tutore che ometta di fare l'inventario.
358. Seguito. Vendita di mobili. Risponsabilità del tutore che non vi proceda.
359. Seguito. Regolamento dell'amministrazione da farsi dal consiglio di famiglia o di tutela, e in ispecie determinazione dell'annua spesa erogabile pel mantenimento, educazione e istruzione del minore e per l'amministrazione del patrimonio di lui; determinazione della somma da cui incominci per il tutore l'obbligo d'impiegare i risparmi; modo dell'impiego; decisione intorno alla facoltà del tutore di farsi o no coadiuvare nell'amministrazione. Risponsabilità del tutore che trascuri di chiedere tali provvedimenti.
360. Seguito. Prestazione della cauzione. Quali tutori siano tenuti a dar cauzione. Per qual somma debba da essi prestarsi cauzione. Potrà mai farsi luogo ad aumento di cauzione? Quale specie di cauzione debba darsi. Il tutore che ha prestato cauzione può esserne liberato? Altre cautele che il consiglio di famiglia può prescrivere per l'esazione e l'impiego della rendita che sopravanza ai bisogni della tutela.
361. Delle funzioni del tutore, riguardanti l'amministrazione del patrimonio del minore e da adempirsi durante la tutela. Amministrazione. Presentazione di stati annuali. A che sia tenuto il tutore nella qualità di amministratore.
362. Osservazione generale sui poteri del tutore, quale amministratore. Restrizioni apportate ai medesimi nell'interesse del minore.
363. Per quali atti da farsi dal tutore la legge prescrive speciali provvedimenti. Titoli al portatore, stabilimenti d'industria e di commercio.
364. Degli atti da farsi dal tutore, pe' quali è necessaria ma sufficiente l'autorizzazione del consiglio di famiglia.
365. Degli atti da farsi dal tutore, pe' quali è necessaria l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale.
366. Del modo con cui deve esser data l'autorizzazione dal consiglio di famiglia. Potere assoluto che ha di concederla o rifiutarla. La cosa stessa dicasi del tribunale chiamato ad omologare l'atto.
367. Degli atti assolutamente interdetti al tutore.
368. Della nullità degli atti stragiudiziali fatti dal tutore senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale. *Quid* degli atti assolutamente interdetti al tutore, e ciò nonostante da esso fatti? *Quid* dei giudiziali? Tale nullità è solubile? è soggetta a prescrizioni?

355. Il tutore deve incominciare l'esercizio della tutela, tosto che abbia avuto legalmente notizia della sua qualità (arg. art. 281).[1]

L'esercizio della tutela consiste nell'aver cura della persona del minore; nel rappresentarlo negli atti civili; e nell'amministrarne i beni (art. 277).

La cura della persona del minore comprende questi tre oggetti; l'educazione, la vigilanza della sua condotta e la correzione.

L'educazione che il tutore deve procurare al minore deve essere in relazione con la posizione sociale e con la fortuna di questo. Deve spendervi le cure quasi di un padre, acciò il suo tutelato cresca virtuoso e utile cittadino. Non è però tenuto di provvedervi co'propri averi; neanco di educarlo egli medesimo.[2] Se il minore manchi di fortuna, il tutore deve procurare di farlo accogliere in un ospizio.[3]

Anche in riguardo alla vigilanza della condotta del minore, il tutore deve darsi quasi le cure stesse di un padre; perchè quegli conservi costumi puri e non contragga abitudini viziose.

In fine per ciò che concerne la correzione, se il tutore abbia gravi motivi di doglianza per la cattiva condotta del minore, deve riferirne al consiglio di famiglia, il quale potrà autorizzarlo a dimandare al presidente del tribunale, che il minore sia collocato in quella casa o in quell'istituto di educazione o di correzione, che reputi più conveniente a correggerlo e migliorarlo (art. 279 cong. coll'art. 222).

---

[1] Consulta, ma tieni conto esatto della differenza fra la legge Napoleonica e la nostra, Marcadé, art. 418; Demolombe, VII, 522-527; Aubry e Rau, I, § 110, pag. 432 e 433.

[2] Toullier, II, 1212; Duranton, III, 530; Magnin, I, 681; De Fréminville, II, 809; Demolombe, VII, 533; Aubry e Rau, I, § 111, pag. 433 testo e nota 1.

[3] Dot. cit. loc. cit.

Per altro il tutore non ha un potere illimitato nella cura del minore, essendo obbligato di seguire le norme che il consiglio di famiglia gli segnasse. Questo ha in modo speciale la facoltà (qualora la tutela non sia esercitata dall'avo paterno o materno) di deliberare sul luogo in cui il minore debba essere allevato, sull'educazione che convenga dargli, sentito lo stesso minore, quando abbia compiuto l'età di anni dieci (art. 278).

Dal canto suo il minore deve rispetto ed obbedienza al suo tutore. E se questi abusi della sua autorità, o trascuri gli obblighi del suo uffizio, il minore può portarne le sue doglianze al consiglio di famiglia (art. 280).

356. Il tutore, in quanto rappresentar deve il minore, può fare tutti gli atti civili a nome e vece di lui, e non già solamente assistervelo, integrandone la capacità.[1] Ma il tutore deve fare gli atti a nome del minore e non nel suo nome proprio: nel primo caso reputansi come fatti dal minore medesimo; nel secondo si hanno per atti propri del tutore.[2]

Ma questa regola ha due eccezioni, riguardanti l'una gli atti giudiziali e l'altra gli stragiudiziali. La prima ha luogo nei seguenti casi, cioè:

1° Quando si tratti di un'azione penale per crimine, delitto e contravvenzione commessa dal minore; allora questi solo e non anche il tutore deve essere chiamato in giudizio;

2° Quando si tratti di un'azione civile di danni ed interessi cagionati da un delitto, o da una contravvenzione del minore, intentata direttamente e in via principale avanti un tribunale correzionale o di semplice polizia: allora deve essere promossa contro il minore e il tutore insieme;[3]

3° Quando si tratti di atti che tendono alla conservazione dei diritti del minore, quale, per esempio, una dimanda giudiziale intesa a interrompere la prescrizione: anco tali

---

[1] Demolombe, VII, 528 e seg.

[2] Demolombe, VII, 674 e 675.

[3] Aubry e Rau, I, § 109, pag. 430 testo e nota 9; *contro* Rauter, Droit criminel, II, 723; Demolombe, VII, 802-804.

atti possono farsi dal minore personalmente senza l'assistenza del tutore.[1]

La seconda eccezione poi ha luogo in tutti gli atti che per la loro natura o per il loro oggetto devono essere l'espressione della volontà individuale e diretta della persona cui riguardano, come la celebrazione del matrimonio, salvo il consenso del consiglio di famiglia o di tutela; il riconoscimento de' figli naturali; il testamento; e le convenzioni colle quali resta più o meno a lungo vincolata la libertà del minore, come l'ingaggio nella milizia. Tutti questi atti devono esser fatti dal minore in persona. Al contrario il minore non può assumere, neppure coll'autorizzazione del tutore, le funzioni in cui si richiegga una capacità personale; così, per esempio, non può essere esecutore testamentario (art. 905).

Infine nulla impedisce che il minore faccia personalmente, con o senza l'assistenza del tutore, tutti gli atti civili, i quali nel primo caso si ritengono come fatti dal tutore stesso e perciò validi anche di fronte al minore, salva l'osservanza delle formalità, se ne sia il caso; e nel secondo sono valide pei terzi che hanno trattato col minore, e annullabili o rescindibili a richiesta di questo (art. 1300, 1311).

357. Passando in fine alle funzioni o agli obblighi del tutore riguardo all'amministrazione dei beni del minore, esse, in ragione del tempo in cui debbono adempiersi, possono distinguersi in anteriori, contemporanee e posteriori all'esercizio della tutela.

Prima d'imprendere l'esercizio della tutela, il tutore deve innanzi tutto provocare la nomina del protutore, siccome è stato detto superiormente.[2]

In secondo luogo il tutore, nei dieci giorni successivi a quello in cui abbia avuto legalmente notizia della sua qualità,

---

[1] Merlin, Rép. v° Mineur, § 8, e v° Curateur, § 1, n. 8; Troplong, De la Prescription, II, 599; Demolombe, VII, 809; Aubry e Rau, I, § 109, pag. 431; Mourlon, I, 1166.

[2] Vedi sopra, n. 336.

deve fare istanza, acciocchè vengano tolti i sigilli che fossero stati apposti sugli oggetti della successione devoluta al minore per morte del genitore, o di un precedente tutore, tanto legittimo quanto dativo, di cui esso minore fosse l'erede (art. 281, vedi l'art. 849, Cod. proc. civ.).[1]

In terzo luogo il tutore in persona o mediante mandatario,[2] deve, immediatamente dopo tolti i sigilli, far procedere all'inventario, cioè alla formazione di un atto che contenga l'enumerazione, la descrizione e la stima de'beni mobili, l'indicazione de'beni immobili e la nota de'debiti del minore (art. 281).

L'inventario ha il triplice scopo di prevenire le sottrazioni, di far conoscere le forze del patrimonio per regolare le spese della educazione del minore, e di preparare gli elementi del rendiconto.

L'inventario deve essere terminato nello spazio di un mese, salvo al pretore il potere di prorogare il detto termine ove le circostanze lo richiedano (art. 381, capov.).

Se un primo tutore venisse surrogato da un secondo, questi non è tenuto a far l'inventario, tenendone luogo il conto che deve farsi rendere dall'antecessore. Ma se la causa che rende necessaria la surrogazione dia luogo all'apertura di una successione a favore del minore, come si verificherebbe quando il tutore morendo, lasciasse erede legittimo o testamentario il minore medesimo, deve procedersi all'inventario, non della tutela, ma dell'accettazione dell'eredità (art. 930), il quale perciò non sarebbe regolato dalle disposizioni degli articoli 232-291.

Può eziandio farsi luogo alla formazione dell'inventario per un'altra successione qualunque, che non fosse compresa nel rendimento di conto dato dal precedente tutore.[3] Che anzi può essere necessario un inventario, o meglio uno stato generale attivo e passivo del patrimonio del minore, per farne la consegna al nuovo tutore, mancando il conto che lo dimostri.

---

[1] Marcadé, art. 451, I.
[2] Demolombe, VII, 560.
[3] Vedi Demolombe, VII, 552.

L'inventario deve essere fatto coll'intervento del protutore, che può anche farsi rappresentare da un mandatario,[1] coll'assistenza di due testimoni da scegliersi fra i parenti o gli amici della famiglia, per mezzo del notaio nominato dal genitore o altrimenti dal consiglio di famiglia. Ma il pretore o il consiglio di famiglia può permettere che l'inventario sia fatto senza il ministero di notaio, quando i beni non eccedano il valore di lire tremila (art. 282).

L'inventario deve essere depositato presso la pretura, e nell'atto del deposito il tutore e il protutore debbono dichiarare con giuramento la sincerità di esso (art. cit.).

Nell'inventario debbono indicarsi i mobili, crediti e debiti; descriversi le scritture, carte e note relative allo stato attivo e passivo del patrimonio; e farsi pure la disegnazione degl'immobili. Il pretore poi o il consiglio di famiglia determina, se e come si deve procedere alla stima de' mobili e alla descrizione dello stato degl' immobili (art. 283).

Se nel patrimonio del minore fossero stabilimenti industriali e commerciali, deve procedersi nelle forme usate in commercio all'inventario dello stabilimento, coll'intervento di quelle persone che il pretore o il consiglio di famiglia credesse opportuno di delegare. Anche questo inventario deve essere depositato presso la pretura, ed il riepilogo di esso registrato nell' inventario generale (art. 284).

Il tutore, che abbia verso il minore debito, credito o altre ragioni, liquide o no e quand'anche risultino da atto autentico,[2] deve dichiararlo sulla interpellazione del notaio prima che incomincino le operazioni relative all'inventario. Il notaio deve fare menzione nell'inventario della fatta interpellazione e della data risposta. Nel caso poi d'inventario senza opera di notaio, l'interpellazione al tutore deve esser fatta dal pretore, che

---

[1] Troplong, Du cont. de mariage, II, 1298; Rodière e Pont, Du cont. du mariage, I, 767; Demolombe, VII, 555; Aubry e Rau, I, § 112, pag. 435 testo e nota 3; *contro* Proudhon, De l'usufr. I, 165.

[2] Toullier, II, 1194; Demolombe, VII, 561; Aubry e Rau, loc. cit.

registrerà le risposte del tutore nel processo verbale di deposito (art. 285). Che se il tutore, conoscendo il suo credito o le sue ragioni, espressamente interpellato, non ne abbia fatto dichiarazione, decade da ogni suo diritto. Se l'interpellanza non siasi fatta o non siasi menzionata nell' inventario, il tutore non decade dal suo diritto; perciocchè la decadenza è un effetto della sua risposta negativa, che si ha per una confessione d' inesistenza di crediti, [1] salvo al minore il regresso contro il notaio o il pretore, che ha mancato di fare l' interpellanza e la menzione di questa, se tale omissione gli reca danno. Parmi inoltre equo che il tutore possa invocare il suo errore di fatto contro la sua risposta negativa. [2] Qualora poi sapendo di essere debitore non abbia dichiarato il suo debito, può essere rimosso dalla tutela (art. 286). Se un secondo tutore venisse surrogato al primo, non è obbligato sotto le medesime pene di fare le dichiarazioni di credito e di debito nel conto che gli viene reso dal tutore che cessa, o da' suoi eredi; perciocchè ogni decadenza è di stretto diritto, e mancano, almeno in parte, i motivi di estenderla. [3]

Finalmente i valori in numerario o in carte al portatore e gli oggetti preziosi che si trovassero nel patrimonio del minore debbono essere depositati nella cassa dei depositi giudiziari, od in quella che sarà dal pretore designata, e debbono rimanervi sino a che il consiglio di famiglia non abbia intorno a quelli deliberato (art. 287).

Il tutore non può essere dispensato dal fare l' inventario, nè dal consiglio di famiglia, nè dal superstite de' genitori che lo abbia nominato, neppure per la parte di cui questi poteva liberamente disporre; perchè se egli voglia, come può, privare il figlio della quota disponibile, deve farne diretta disposizione, e non invece di questa autorizzare implicitamente lo

---

[1] Locré, VII, 225; Demante, II, 209 bis, I; Toullier, II, 1194; Duranton, III, 538; Demolombe, VII, 558.

[2] Demolombe, VII, 563.

[3] Demolombe, VII, 567; *contro* Marcadé, art. 451, II.

sperpero del patrimonio del figlio e favorire le dolose sottrazioni contro l'esigenza dell'ordine pubblico e de' buoni costumi (art. 281 e 288).[1]

Il tutore che omette di fare l'inventario nel modo e nel termine stabilito o lo fa infedele, è tenuto al risarcimento dei danni (art. 288). Al quale effetto il minore può essere ammesso a provare con tutti i generi di prova, col giuramento ed anche con la pubblica fama l'importanza della sua fortuna (art. 1348).[2] Inoltre può essere rimosso dalla tutela (art. 288).

358. In quarto luogo il tutore, nel termine di due mesi successivi alla formazione dell'inventario, deve far vendere ai pubblici incanti, o ad offerte private, se vi sia autorizzato dal consiglio di famiglia, i mobili corporali del minore di qualsiasi genere, la cui conservazione fosse pregiudizievole o meno utile al minore (art. 290, capov.).[3] Tale termine però non è di rigore e il tutore non incorre in alcuna risponsabilità, se ritarda la vendita nell' interesse del minore; ma al tempo stesso si espone a rispondere di ogni deterioramento e della perdita di mobili anche per caso fortuito.[4]

Debbono vendersi non solo i mobili che il tutore trova nel patrimonio del minore quando entra in funzione, ma anche quelli che facessero parte delle successioni che a questo saranno

---

[1] Maleville, art. 451; Magnin, I, 646; Demolombe, VII, 548 e 549; Aubry e Rau, I, § 112, pag. 437; De Fréminville, II, 207; Massé e Vergé, I, 427; Demante, I, 208 bis, V; Chardon, III, 463; *contro* Toullier, II, 1198; Marcadé, II, art. 451, 5, nel caso che il minore o altri non abbia diritto alla legittima.

[2] La prova per pubblica fama è costituita da semplici presunzioni fondate sulle voci che circolano della fortuna di una persona; come quando si dice che questa avesse la tal rendita; che il suo mobilio valesse tanto; che avesse molto denaro e cose simili (consulta Toullier, II, 1197; Demolombe, VII, 569; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, art. 451, III.

[3] Magnin, I, 653; Demolombe, VII, 571-573; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, art. 452. Qui la parola *mobili* non è certamente presa nel senso datole dall'art. 422.

[4] Demolombe, VII, 583; Aubry e Rau, loc. cit.; Massé e Vergé su Zachariae, I, 428.

devolute in avvenire; perchè in ambedue i casi interessa al minore, che gli oggetti che possono deperire o deprezzare, sieno convertiti in capitali sicuri e produttivi.[1]

È opinione che il superstite de' genitori che nomina il tutore non possa dispensarlo dall' obbligo di vendere i mobili, quasi che anco questa disposizione sia d' ordine pubblico, come tendente a conservare il patrimonio del minore.[2] Ma il consiglio di famiglia può autorizzare il tutore a conservare i mobili in tutto o in parte (art. 290, capov.); nel che fare opererà assai lodevolmente, prendendo in somma considerazione la volontà del defunto.[3]

Cessa poi pel tutore l' obbligo di vendere i mobili, quando al medesimo competa su di essi l' usufrutto per contratto o per testamento; perciocchè anche riguardo ad esso l' usufrutto è retto dal diritto comune.[4]

Se il tutore manca a quest' obbligo, è responsabile di tutti i danni che ne risentisse il minore, e specialmente degl' interessi che sarebbero stati prodotti dal prezzo della vendita, dal deprezzamento de' mobili, ed anche dalla perdita accaduta per caso fortuito.[5]

359. Perchè sia regolare l' amministrazione, il tutore in quinto luogo deve dimandare (non appena compiuto l' inventario) al consiglio di famiglia o di tutela, che stabilisca per approssimazione l' annua spesa pel mantenimento, l' educazione e l' istruzione del minore e per l' amministrazione del patrimonio (art. 291). Questa spesa deve essere proporzionata alle

---

[1] De Fréminville, I, 243; Demolombe, VII, 585; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, art. 452.

[2] De Fréminville, I, 534; Demolombe, VII, 379; Aubry e Rau, loc. cit. testo e nota 22.

[3] Aut. cit.

[4] Aubry e Rau, I, § cit. pag. 439-440.

[5] Delvincourt, art. 452; Duranton, III, 543, nota *a*; Magnin, I, 651; De Fréminville, I, 238 e 239; Demolombe, VII, 584; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, art. 452.

sostanze e alla condizione del minore sino al punto di esaurirvi le rendite; ma al bisogno può erogarvisi eziandio il capitale. [1] La deliberazione del consiglio di famiglia pel regolamento di questa spesa non è immutabile ed irrevocabile; essa può esser modificata in più o in meno ad arbitrio del medesimo, moderato sempre dalle esigenze della persona e dei beni del minore. [2] Del resto essendo solamente approssimativa la somma stabilita dal consiglio di famiglia, il tutore può portare in conto da una parte le sole spese che giustificherà avere effettivamente fatto, quand'anche molto inferiori a quella somma; e dall'altra le maggiori che proverà di aver fatto, salvo in questo secondo caso al tribunale il decidere, se l'impiego dell'eccedenza sia stato necessario o utile. [3]

Il tutore deve pure dimandare al consiglio di famiglia che fissi la somma da cui cominci l'obbligo per lui d'impiegare gli avanzi delle rendite, come, ad esempio, quando siensi cumulate mille lire, perchè non è saggia economia di fare i rinvestimenti piccoli e molteplici. Deve pure dimandargli che determini il modo dell'impiego; se cioè questo debba esser fatto in rendita consolidata, in crediti fruttiferi, in acquisti di beni stabili, in costruzioni di edifizi, in esecuzione di migliorie e cose simili. Deve dimandargli ancora che fissi il tempo entro il quale l'impiego debba esser fatto, dopo che siasi cumulata la somma fissata. Se dal consiglio di famiglia non siasi determinato il modo dell'impiego, il tutore ha sotto la sua risponsabilità il diritto della scelta; [4] e se non siasi fissato il tempo del rinvestimento, deve il tutore farlo entro il più breve termine, sotto pena de' danni ed interessi per causa di negligenza. In fine deve dimandargli che decida se le circostanze richiedano che egli possa o no farsi coadiuvare nell'amministrazione, sotto la sua risponsabilità, da una o più persone stipendiate, la di

---

[1] Leg. 1, § 1, D. ubi pupill.; Demolombe, VII, 601.
[2] Leg. 3, § 6, D. ubi pupill.; Demolombe, VII, 602 e 603; Mourlon, I, 1179.
[3] Demolombe, VII, 604; Aubry e Rau, loc. cit.
[4] Marcadé, art. 456, III.

cui nomina e revoca appartengono di conseguenza a lui (art. 295). Ma nulla impedisce al tutore di farsi coadiuvare senza autorizzazione del consiglio di famiglia da una o più persone non stipendiate, o stipendiate del proprio; [1] non ha però il diritto di surrogare un altro nell'intero esercizio della tutela, che è un uffizio affatto personale; e facendolo, il mandato è nullo, e il mandatario è responsabile, come un tutore di fatto, senza che cessi mai la responsabilità del tutore vero. In verun caso il tutore può nominare a suo coadiutore il protutore, ostandovi il carattere essenziale della protutela, istituita per vegliare l'amministrazione del tutore; perocchè la vigilanza e il cointeresse male si conciliano fra loro. [2]

Se il tutore ometta di provocare le deliberazioni del consiglio di famiglia sui primi due oggetti, diviene alla scadenza di tre mesi risponsabile degl'interessi di qualunque somma eccedente le spese strettamente necessarie, per quanto minima (art. 291, capov.); mentre nel caso contrario non sarebbe tenuto degl'interessi che quando la somma cumulata fosse giunta alla quantità fissata dal consiglio di famiglia. [3]

Se il tutore non impieghi gli avanzi delle rendite nel modo e dentro il tempo determinato dal consiglio di famiglia, è tenuto nel primo caso della perdita eventuale del capitale e degl'interessi, e nel secondo degl'interessi decorsi dallo spirare di quel tempo al giorno dell'effettivo rinvestimento; a meno che giustifichi non essergli imputabile il ritardo. [4] Al contrario se abbia impiegato quegli avanzi prima che formassero la somma fissata dal consiglio di famiglia o prima che il tempo passasse, ovvero gli abbia rivolti nel frattempo a suo profitto, ne deve gli interessi dal giorno del rinvestimento o dell'uso. [5]

---

[1] Mourlon, I. 1179; Demolombe, VII, 608.

[2] Demolombe, VII, 374.

[3] Demolombe, VII, 617; Aubry e Rau, I, § 112, pag. 443.

[4] Demante, II, 213 bis, V; Massé e Vergé su Zachariae, I. 430; Marcadé, art. 455, III, Demolombe, VII, 613-616; Aubry e Rau, I, 398.

[5] Valette su Proudhon, II, 362, obs. III; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, art. 456, II; Demolombe, VII, 613.

In fine se il tutore senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia siasi fatto coadiuvare nell'esercizio della tutela da una o più persone stipendiate, può essere esposto alla perdita della spesa, la quale non sia approvata nel rendimento di conti, come nè necessaria, nè utile. [1]

La risponsabilità del tutore si estende al mancamento d'impiego delle somme che avesse trovato in una successione devoluta al minore, o ritratte dalla vendita de'mobili o dal rimborso de'crediti, di quelle infruttifere non esatte a tempo, e quindi non impiegate, e finalmente di quelle da esso medesimo dovute durante la tutela. Gl'interessi sono dovuti da lui dopo tre mesi dall'esigibilità; salvo che altrimenti non abbia deliberato il consiglio di famiglia (arg. art. 291). [2]

360. Per ultimo il tutore è tenuto a dare cauzione. Appartiene al consiglio di famiglia di determinare la somma per la quale la cauzione deve essere data. Ma il tutore ha la scelta di dare quella specie di cauzione che gli piaccia; può quindi dare un fideiussore, un pegno o un'ipoteca. In quest'ultimo caso il consiglio di famiglia indica quei beni del tutore sui quali deve iscriversi l'ipoteca legale (art. 292 e 1969, 3°). L'iscrizione deve esser presa per cura del tutore, del protutore e del cancelliere che ha assistito alla deliberazione del consiglio di famiglia (art. 1983). Se il tutore non possegga beni sufficienti, il consiglio di famiglia deve procedere alla nomina di un nuovo tutore, senza distinguere se il primo sia testamentario, legittimo o dativo (art. 292). Intorno a ciò il consiglio di famiglia deve deliberare nella prima adunanza (art. 292, capov. ult.).

La legge dispensa dal dare cauzione l'avo paterno e materno, non solo quando la tutela sia loro deferita da essa medesima, ma anche quando fossero nominati tutori dal superstite de'genitori del minore o dal consiglio di famiglia; perciocchè

---

[1] Marcadé, art. 456, II.

[2] Maleville e Locré, art. 455 e 456; Duranton, III, 365; Magnin, I, 660; De Fréminville, I, 270; Demolombe, VII, 616-620; Aubry e Rau, loc. cit. testo e nota 40; Marcadé, loc. cit.

la ragione della dispensa sta nell' affetto loro pel nipote, il quale affetto per legittima presunzione garantisce l'interesse del minore meglio che qualunque cauzione.

Il consiglio di famiglia può anche dispensare in tutto o in parte ogni tutore, tanto testamentario quanto dativo, dal dare cauzione; imperocchè da una parte le qualità personali del tutore possono essere garanzia sufficiente dell' esatto disimpegno degli uffizi tutelari; dall'altra parte la prestazione della cauzione può essere per lui cosa grave; nè deve dimenticarsi che l' uffizio a cui è chiamato è gratuito, nel tempo stesso che può essere gravosissimo (art. 292). La dispensa deve essergli accordata nella prima adunanza (art. cit.). Lo stesso consiglio può anche liberare in tutto o in parte il tutore dalla cauzione che avesse dato; e di conseguenza, ove si tratti di cauzione ipotecaria, autorizzarlo a cancellare o restringere l'iscrizione dell' ipoteca che si fosse presa in luogo della cauzione (art. 293). Tale dispensa deve essergli accordata nella prima adunanza (art. 292).

Al contrario lo stesso consiglio può richiedere dal tutore la cauzione da cui lo avesse dispensato, ed estendere l'ipoteca che si fosse presa (art. cit., capov. 1°).

In tutti questi casi la deliberazione del consiglio deve essere sottoposta all'omologazione del tribunale (art. cit., capov. ult.).

Il consiglio di famiglia, oltre questo potere con cui regola la cauzione, ha anche la facoltà di stabilire cautele speciali per l'esazione e l'impiego di quella parte di rendita che ecceda la somma fissata pel mantenimento, l'educazione e l'istruzione del minore, e per l'amministrazione del patrimonio (art. 294 cong. coll'art. 291).

361. Durante la tutela, il tutore deve amministrare il patrimonio del minore, e presentare gli stati annuali.

Per quanto concerne l'amministrazione del patrimonio del minore, il tutore, giusta lo spirito dell' istituzione della tutela, deve usare ogni cura di diligente padre di famiglia, affine non solo di conservare il patrimonio del minore e fargli produrre maggiori rendite possibili, ma eziandio di accrescerlo mediante sagge economie e opportuni rinvestimenti dei risparmi.

In ordine alla conservazione del patrimonio del minore, il tutore deve mantenere in buono stato di riparazione i beni mobili ed immobili del minore, assicurarli contro l' incendio e le altre calamità; deve interrompere le prescrizioni, riscuotere a tempo debito i capitali, ed esigerne gl' interessi; deve infine estinguere, per quanto può, i debiti e liberare i beni de' pesi di cui si trovassero gravati.

In quanto poi a procurare dal patrimonio le maggiori rendite, è negozio di fatto da trattarsi secondo la natura de' beni, le forze del patrimonio stesso e tutte le altre circostanze. In generale può dirsi, che il tutore deve appigionare le case e gli altri edifizi, e dare in affitto o a colonía, o far coltivare a conto del suo tutelato i fondi secondo la pratica o l' esigenza del luogo; introducendovi opportunamente i miglioramenti indicati dalla scienza e dall'arte.

Se il tutore manca a tale obbligo, n' è risponsabile giusta le prescrizioni di diritto comune, dovendo rispondere delle colpe gravi e lievi, che per soprappiù debbono essere valutate rigorosamente. [1]

362. Da questa considerazione generale passiamo all'esame particolare dei poteri del tutore, quale amministratore in materia tanto stragiudiziale, quanto giudiziale.

Il tutore incaricato di rappresentare il minore in tutti gli atti civili, e di amministrarne il patrimonio da buon padre di famiglia, dovrebbe poter fare da solo, senza formalità speciale e sotto la sua personale risponsabilità, tutti gli atti giudiziali e stragiudiziali necessari o utili alla conservazione e all' accrescimento del patrimonio del minore, e dovrebbero essergli interdetti solamente quegli atti che per natura loro lo diminuirebbero. Tuttavia per garantire il patrimonio del minore medesimo contro i pericoli, quasi inerenti a certi atti giuridici, la legge ha ristretto sotto certi rapporti i poteri del tutore,

---

[1] Consulta Duranton, III, 605 e seg.; De Fréminville, II, 1089 e seg.; Magnin, I, 615; Aubry e Rau, I, § 112, pag. 441.

esigendo, secondo casi, ora speciali provvedimenti, ora la semplice autorizzazione del consiglio di famiglia, ora eziandio l'omologazione del tribunale, e interdicendo al tutore la stipulazione di certi atti o in modo assoluto o sotto speciali condizioni. Come andrà a risultare dalla natura degli atti, le prescrizioni legislative riguardanti tale materia hanno tutte in mira d'impedire che sia deteriorata la condizione dei minori sotto tutela, e che anzi possibilmente sia migliorata; e per questa ragione il loro rigore cresce a misura dell'importanza dell'atto che è da compiersi.

363. Gli atti da farsi dal tutore, intorno ai quali la legge prescrive provvedimenti speciali, riguardano i titoli al portatore e gli stabilimenti d'industria e di commercio. Se nel patrimonio del minore si trovino titoli al portatore, quando il consiglio di famiglia non ne abbia deliberata la conversione in altro impiego, il tutore deve farli iscrivere in nome del minore (art. 298). E se vi si trovino stabilimenti di commercio o d'industria, debbono essere alienati e liquidati dal tutore nei modi e colle cautele che avrà determinato il consiglio di famiglia (art. 299). Ma questo può permettere la continuazione dell'esercizio de'medesimi, quando vi sia l'evidente utilità del minore (art. 288, capov.).

364. Gli atti, pe'quali al tutore è necessaria ma basta l'autorizzazione del consiglio di famiglia, sono:

1° La riscossione de'capitali (art. 296);[1] e conseguentemente la liberazione delle cauzioni, la restituzione de'pegni, e la cancellazione delle ipoteche: altrettanto dicasi del pagamento de'suoi debiti verso il minore. Si equipara a riscossione di capitali il ritiro di un deposito;[2]

2° L'impiego de'capitali in rinvestimenti, ed anche in pagamenti de'debiti (art. cit.); onde reputo che il credito del tutore contro il minore non s'intenda estinto tosto che siansi

---

[1] Consulta Casale, 6 dic. 1869, B. XXI, 2, 873.
[2] Lucca, 21 mag. 1870, A. IV, 2, 408.

in sue mani accumulati tanti avanzi da eguagliarne l'ammontare, [1] e per la stessa ragione reputo che il tutore non possa fare novazioni. Ma il tutore può pagare gl' interessi de'suoi crediti anche a se medesimo. [2]

3° La cessione o il trasferimento di crediti o di carte di credito (art. cit.);

4° Gli acquisti di beni immobili o mobili (art. cit.), e fra gli acquisti deve comprendersi l'esercizio del diritto di riscatto delle cose vendute e dei diritti litigiosi (art. 1515, 1528, 1546, 1548);

5° Le locazioni e conduzioni eccedenti il novennio (art. 296), ed anche le novennali e minori stipulate a suo favore (art. 300); ma non le convenzioni mediante le quali procura che i fondi siano coltivati per conto del minore, affine di conservargli i profitti che ritrarrebbe un affittuario. [3]

6° L'accettazione di eredità, testate o intestate, quand'anche antecedentemente rinunziate (art. 296 e 950). [4] L'accettazione deve esser sempre fatta col benefizio dell' inventario (art. 930);

7° La rinunzia alle medesime eredità (art. 296), e la cessione di tutti i beni dell'eredità ai creditori ed ai legatari, giusta la disposizione dell'articolo 968, capov. 1°;

8° L'accettazione di donazioni o di legati soggetti a pesi, o a condizioni (art. 296); perciocchè il minore ne potrebbe soffrir danno. Se però la tutela sia tenuta da un ascendente, questi nella qualità di ascendente può accettare le donazioni

---

[1] Duranton, III, 566; Duvergier su Toullier, II, 1219; De Fréminville, I, 253; Magnin, 659; *contro* Toullier, loc. cit.; Demolombe, VII, 657, ma vedi nota seg.

[2] Sotto il Codice Napoleonico prevale l'opinione che il tutore possa senza autorizzazione pagare i debiti, ma manca di disposizione corrispondente alla nostra.

[3] Duranton, III, 548; Aubry e Rau, loc. cit.; De Fréminville, I, 534; Toullier, II, 60; Demolombe, VII, 644.

[4] Valette su Proudhon, II, p. 381, obs. IV; Aubry e Rau, I, § 113, 446 e 447.

fatte al minore senza autorizzazione del consiglio di famiglia, valendosi della disposizione dell'articolo 1059. [1] Per contrario se le donazioni o i legati siano fatti senza pesi e condizioni, l'accettazione loro potrà farsi senza autorizzazione del consiglio di famiglia, essendo atti vantaggiosi pel minore. [2] Ma in verun caso il tutore, può senz'autorizzazione, rinunziare alle donazioni o ai legati; perciocchè la rinunzia può nuocere, e gravemente, al minore (arg. art. 296);

9° L'esperimento delle azioni in giudizio; ammenochè non si tratti di azioni possessorie o di questioni relative al conseguimento delle rendite; e salvi i casi di urgenza (art. 296, capov.). Del pari il tutore non può acquietarsi ad una sentenza, rinunziare all'appello interposto, fare confessioni, accettare, deferire o riferire giuramenti, dai quali possano derivar danni al minore. Tali decisioni non sono però applicabili, quando materia della confessione o del giuramento sia un atto di completa attribuzione del tutore. Al contrario il tutore può in giudizio difendere il minore anche senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Ma quando egli debba appellare dalla sentenza che ha condannato il minore, o contro essa ricorrere in cassazione, ha bisogno dell'autorizzazione del consiglio di famiglia, sembrandomi che in questa materia e l'appello e il ricorso in cassazione possano equipararsi all'esperimento delle azioni. Che anzi farà cosa prudente il tutore di sentire il parere del consiglio di famiglia intorno alla difesa del minore da assumersi, per non correre il rischio di essere tenuto al risarcimento dei danni, come imprudente litigatore;

10° In fine tutti gli altri atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, pe'quali non sia inoltre richiesta l'omologazione

---

[1] Aubry e Rau, I, § 113, pag. 447.

[2] Nel diritto francese si richiede sempre l'autorizzazione, perchè anche la donazione senza pesi e condizioni espresse impone obblighi al donatario, come quello degli alimenti; e può essere men confacente all'onore e alla convenienza del minore: ma questi motivi non sono sembrati abbastanza gravi al nostro legislatore.

del tribunale; qual è, per esempio, il recesso dalla società nell'interesse de' minori.[1]

365. Gli atti poi, pe' quali oltre l'autorizzazione del consiglio di famiglia si richiede l'omologazione del tribunale, sono:

1° Gli atti di alienazione de' beni immobili, o mobili del minore. La voce *alienazione* è qui presa in senso lato; perciò comprende eziandio le enfiteusi, le costituzioni di usufrutto, l'imposizione o la rinunzia di servitù, la proroga dell'esercizio del diritto di riscatto.[2] Comprende pure gli atti di cessione de' diritti immobili o mobili.[3] Al contrario non vi è compresa la rinunzia dell'eredità; quand'anche contengano beni immobili; per essa, come si diceva, basta l'autorizzazione del consiglio di famiglia. Ma sebbene si tratti di vero atto di alienazione, non è necessaria nè l'autorizzazione del consiglio di famiglia, nè l'omologazione del tribunale per la spropriazione forzata dei beni del minore, provocata dai suoi creditori o legittimata dalla causa di pubblica utilità;[4]

2° Gli atti di pegno o d'ipoteca, quand'anche diretti a guarentire prestiti contratti dal tutore con le debite formalità.[5] Vi si comprende ancora il trasferimento di un'ipoteca da un immobile ad un altro;

3° Il prendere danari a prestito con o senza ipoteca, e a qualunque uso debba servire il danaro;

4° La continuazione dell'esercizio degli stabilimenti di commercio trovati nel patrimonio del minore;

---

[1] Casale, 4 feb. 1868, A. II, 2, 598.

[2] Proudhon, De l'usufruit, I, 304; De Fréminville, II, 733; 735 e 736; Demolombe, VII, 735; Aubry e Rau, I, § 113, pag. 451-452; Massé e Vergé, I, 436.

[3] De Fréminville, II, 631 e 732; Demolombe, loc. cit.; Aubry e Rau, loc. cit.

[4] Merlin, Rép. v° Tutelle; Demolombe, VII, 713 e seg., Aubry e Rau, I, § 113, pag. 451.

[5] Duranton, XIX, 348; De Fréminville, II, 747; Aubry e Rau, loc. cit.

5° Le transizioni e i compromessi anche sopra i mobili; e per identità di ragione la rimessione di una parte di debito a favore dei debitori del minore;

6° Le divisioni in cui sia interessato il minore, senza distinguere se debba procedervi provocato o provocante, e se le divisioni abbiano per oggetto cose mobili od immobili, e se causa ne sia la successione, la comunione, la società; ma deve trattarsi di divisione definitiva e non provvisoria (art. 301 e 296).[1]

La designazione di questi atti è limitativa e non dimostrativa; perciò l'omologazione del tribunale non è richiesta per verun altro; non è quindi richiesta, per esempio, pel recesso da una società in nome collettivo.[2]

Il tribunale competente per omologare tali atti è sempre quello del luogo ove ha sede la tutela (arg. art. 249).[3]

366. In tutti i casi l'autorizzazione del consiglio di famiglia non può essere data in genere, ma dev'essere speciale per ciascun atto e contratto (art. 297). Inoltre nell'autorizzare vendite d'immobili, il consiglio di famiglia deve determinare, se esse debbano farsi ai pubblici incanti o per offerte private (art. cit., capov.).

Del resto ha pieno arbitrio di concedere o di rifiutare l'autorizzazione, salvo quando permetta la continuazione dell'esercizio di stabilimenti di commercio e d'industria trovati nel patrimonio del minore, esigendo espressamente la legge in questo caso l'evidente utilità del minore (art. 299). Ma lo spirito che informa l'istituzione del consiglio di famiglia esige in generale che esso conceda l'autorizzazione sol quando lo richieda la necessità o l'utilità del minore.

Altrettanto si dica del tribunale in riguardo all'omologazione.

---

[1] Demolombe, VII, 682 e 720; e 721, 723, 725; Aubry e Rau, I, § 114, pag. 462-463; Massé e Vergé, I. 442; Demante, II, 226 bis.

[2] Casale cit.

[3] Leg. 5, § 12, D. de reb. eor. qui sub tut.

In quanto agli atti giudiziali, l'autorizzazione e l'omologazione devono, per regola, precedere l'introduzione dell'azione, ma possono esser date ancora nel corso del giudizio, e restano allora regolarizzati gli atti di procedura già compiuti, i quali perciò non è necessario di ripetere. [1]

L'autorizzazione e l'omologazione date per promuovere l'azione bastano per appellare ed eziandio per ricorrere in cassazione, salvo che sieno state date in modo ristrettivo, che per verità è il più prudente. [2]

367. In fine al tutore sono primieramente interdette in modo assoluto le disposizioni a titolo gratuito dei beni del minore (meno i presenti d'uso o i piccoli doni rimuneratorii), e le rinunzie gratuite de' diritti del medesimo, e specialmente di una prescrizione compiutasi a favore di lui (arg. *a fortiori*, art. 1052); perciocchè il dare e il rinunziare gratuitamente importano perdita, mentre al contrario il patrimonio del minore deve essere conservato ed accresciuto. [3]

Gli è interdetta in secondo luogo la compra de' beni del minore anco ai pubblici incanti (art. 300); perchè altrimenti il tutore potrebbe non eccitare il più che può e deve la concorrenza, e adoprarsi che il prezzo de' beni del suo tutelato si tenga basso per acquistarli egli medesimo. Il divieto comprende anche i beni mobili, essendo generale ed assoluto. [4] Deve però eccettuarsi il caso che il tutore sia creditore ipotecario del minore, non dovendo il suo diritto rimanere paralizzato dal suo uffizio. Solamente quando l'acquisto si faccia dal tutore, deve il minore essere rappresentato dal protutore (art. 266); [5]

In terzo luogo è proibita in modo assoluto al tutore l'accettazione della cessione di alcuna ragione o credito competente

---

[1] Demolombe, VII, 715; Aubry e Rau, I, § 114, pag. 465 e seg.

[2] Aubry e Rau, loc. cit.; Demolombe, VII, 713.

[3] De Fréminville, I, 262 e 263; Demolombe, VII, 776 e 777; Aubry e Rau, loc. cit.

[4] Demolombe, VII, 751.

[5] Duvergier su Toullier, I, 123, not. 6; Duranton, III, 559; Valette su Proudhon, II, 397; Demolombe, VI, 754.

contro il minore nel tempo della cessione, [1] neppure in pagamento di un credito dovutogli; [2] acciò il minore non sia esposto alle frodi del tutore, che potrebbe su di esso speculare, acquistando da terzi i crediti che avessero contro lui, specialmente se si considera che il tutore, come amministratore, potrebbe sottrarre i titoli che dimostrassero l'estinzione o la nullità di que' crediti.

Questa eccezione si applica soltanto alle cessioni a titolo oneroso e non agli acquisti a titolo gratuito; così il tutore può acquistare validamente per successione, testamento e donazione diritti e crediti verso il minore; [3] non essendone allora cessionario, ma erede o donatario. [4] Non si applica neppure alla surrogazione legale o convenzionale nei diritti od azioni contro il minore (art. 1255 e 1252); ma quando la surrogazione è convenzionale, fa d'uopo attentamente valutare le circostanze, perchè sotto le surrogazioni non rimanga nascosta una vera cessione. [5]

Ma dall'altra parte il divieto è assoluto, e non può apportarglisi eccezione neppure nei casi considerati dall'articolo 1548.

Se il tutore abbia accettato la cessione, e il minore ne dimandi l'annullamento contro il divieto della legge, le cose ritorneranno nel loro pristino stato; cioè il cedente ricupererà i suoi diritti verso il minore, ma al tempo stesso sarà tenuto di restituire al tutore il prezzo della cessione. Se al contrario il minore preferisca lasciar sussistere la cessione, avrà il diritto

---

[1] Demolombe, VI, 757, riferisce e loda grandemente la decisione della Corte di Nîmes, che giudicò non esser nulla l'accettazione di cessione di diritti appartenenti ad un'eredità devoluta al minore, ma alla quale avea regolarmente rinunziato, quand' anche in appresso l'accetti (20 nov. 1850).

[2] Duranton, III, 600; Demolombe, VII, 762; Aubry e Rau, I, § cit. pag. 472-473.

[3] Duranton, III, 600, not. 2; Demolombe, VII, 759, 760 e 761; Aubry e Rau, I, § 116, pag. 473; Marcadè, art. 450.

[4] Demolombe, VII, 764 e 762; Aubry e Rau, loc. cit.

[5] Mourlon, Des subrogations, pag. 29 e 32; Valette su Proudhon, II, pag. 400, obs. 2; Demolombe, VII, 770, 774; Aubry e Rau, loc. cit. e not. 6.

di conseguire dal tutore la liberazione, rimborsandolo del prezzo effettivamente sborsato; perciocchè il benefizio della riduzione del credito non può legittimamente appropriarsi dal tutore a danno del minore, pel quale in verità avrebbe dovuto ottenerlo in adempimento de' suoi doveri di tutore;[1]

In quarto luogo il tutore non può invocare contro il minore il benefizio di veruna decadenza e di prescrizione, quando il termine entro cui doveva sperimentare l'azione sia scaduto durante la tutela,[2] o prima del rendimento definitivo dell'approvazione del conto (art. 2119, capov. 3°). Quindi se il tutore aveva comprato dall'autore del minore un fondo col patto di riscatto e il quinquennio spiri durante la tutela, il diritto di riscatto non è estinto (art. 1515-1519), e se deve al minore rendita perpetua o vitalizia, pensione alimentaria, pigioni di case e fitti di fondi rustici e interessi di somme dovute ad anno o a termini periodici più brevi, non resta prescritto con cinque anni ildiritto del minore, quantunque altrimenti sarebbe in riguardo ai terzi (art. 2144, 2145 e 2119 capov. 3°). Ma nel medesimo modo la prescrizione non corre contro il tutore a favore del minore (art. 2119, capov. 3°).

---

[1] Demolombe, VII, 765, 769; Aubry e Rau, loc. cit. testo e not. 10; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, art. 450; Demante, II, 206 bis; Valette, Expiication somm., 228 e seg.; Mourlon, I, 1207-1209; *contro* Delvincourt, I, 119, e Marcadé, art. 452. Questi reputano la cessione valida nei rapporti del cedente e del tutore; nulla ne' rapporti del tutore e del minore; di conseguenza questi sarebbe liberato senza nulla pagare, il tutore perderebbe il prezzo pagato, e il cedente lo riterrebbe come cosa a lui debitamente dovuta. Questa decisione è conforme alla Novella 72; ma la pena della perdita del prezzo, inflitta al tutore senza legge espressa, è arbitraria. È pure di contrario avviso Duranton (III, 603), ritenendo che la cessione sia assolutamente nulla, e che perciò le cose rimangano dopo la cessione nello stato di prima; ma la nullità assoluta mal si concilia con la causa della proibizione, che è l'interesse del minore; il quale interesse invece può essere avvantaggiato dal dichiarar valida la cessione riguardo al minore, potendo conseguire la liberazione del suo debito pagando meno.

[2] Duranton, III, 604; XXI, 292; Aubry e Rau, I, § 116, pag. 473.

Da ultimo il tutore non può trarre profitto dalle disposizioni testamentarie del suo amministrato, fatte prima dell'approvazione del conto definitivo, quantunque il testatore muoia dopo; eccetto che il tutore sia ascendente, discendente, fratello, sorella o coniuge del testatore (art. 769).

Tutte queste inibizioni producono il loro effetto, quantunque gli atti siansi fatti per interposta persona, e quand'anche siavi intervenuta l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale.[1]

368. In generale, qualunque de' soprannominati atti stragiudiziali fatti senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, e senza l'omologazione del tribunale, sono affetti da nullità relativa, sancita a favore del minore. Essa perciò può dimandarsi dal tutore e dal minore o da' suoi eredi e aventi causa, ma non dalle persone capaci di obbligarsi, che contrattarono col tutore senza l'osservanza delle anzidette formalità. Così per esempio, il minore può dimandare l'annullamento dell'accettazione, della rinunzia dell'eredità, dell'alienazione de' beni immobili o mobili, e delle locazioni eccedenti il novennio. Ma quando, nei congrui casi l'una o l'altra, o ambedue insieme vi sieno, non può dimandarsi, l'annullamento o la rescissione degli atti che per le cause di diritto comune, come il dolo, l'errore, la violenza, la lesione. È però sempre salva l'azione di danni ed interessi contro il tutore, il consiglio di famiglia o quelli dei suoi membri che autorizzarono l'atto, ed anche contro il tribunale, quando siano in colpa.[2] Inoltre, per quanto concerne l'eredità rinunziata dal tutore coll'autorizzazione del consiglio di famiglia, essa può essere novamente accettata sino a che il diritto di accettarla non sia stato prescritto contro il minore medesimo (art. 950).

Del pari sono annullabili nel solo interesse del minore quegli atti che sono assolutamente interdetti al tutore.

---

[1] Demolombe, VII, 763, 775 e 786; Massé e Vergé, I, 446.

[2] Marcadé, art. 457.

In quanto agli atti giudiziali, se il tutore senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia e l'omologazione del tribunale, secondo i casi, promuove od accetta un giudizio per il quale questo si richiedano, il convenuto può ricusarsi d'incominciarlo e di proseguirlo con lui, finchè non le abbia ottenute.[1] Ma se accetta il giudizio senza richiamo o protesta contro il tutore, non può più tardi eccepire il difetto di autorizzazione e di omologazione contro la sentenza (arg. art. 1107).[2] Resta però salvo al minore il diritto di domandarne l'annullamento.[3]

L'azione di nullità compete al minore, indipendentemente dal danno o dall'utile che abbia avuto dall'atto contro cui lo dirige.[4]

Del resto non deve distinguersi, se il tutore esercitava la tutela con pieno e valido diritto, ovvero se la sua nomina sia stata in seguito annullata, o esisteva una causa d'incapacità o di esclusione. Più ancora; non deve farsi distinzione, se gli atti sieno stati fatti dopo l'annullamento della nomina, l'esclusione e la destituzione. Ma perchè in questi casi gli atti del tutore obblighino il minore verso i terzi, conviene che questi sieno stati in buona fede (arg. art. 1762 e 1763).

Essendo la nullità di tali atti stabilita nell'interesse privato del minore, essa è necessariamente sanabile colla ratifica espressa o tacita, giusta le disposizioni generali di diritto, ed è soggetta alla prescrizione quinquennale stabilita dall'art. 1300.

369. Resta ora a vedere quali atti il tutore possa fare senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, e senza l'omologazione del tribunale.

Esclusi gli atti compresi nelle quattro precedenti categorie, il tutore può fare tutti gli atti di amministrazione diretti a conservare e ad accrescere il patrimonio del minore. Quindi potrà far coltivare i poderi del minore e tagliarne i boschi

---

[1] Demolombe, VII, 715.

[2] Merlin, Rép. v° Tutelle, sect. V, § 1, n. 2; Marcadé, art. 467; Demolombe, Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Dot. cit. loc. cit.; C. C. Torino, 25 mar. 1869, B. XIX, 1, 300.

[4] Napoli, 7 giugno 1867, B. XIX, 2, 314.

cedui, ma non quelli di alto fusto (arg. art. 485 e 486); esercitare le cave, miniere e torbiere aperte, ma non aprirne delle nuove (arg. art. 494); in quanto che l'apertura di queste importa atto di disposizione, come il taglio de' boschi di alto fusto; potrà migliorare i fondi colla erogazione delle rendite e non de' capitali; eseguire le riparazioni ordinarie o straordinarie di cui abbisognino i beni del minore, spendendovi le rendite ed anche i denari esistenti nel patrimonio, ma non contraendo mutui o alienando i capitali, salvo il caso di urgenza, verificatosi il quale, il consiglio di famiglia e il tribunale ratificheranno il contratto. I contratti che per l'esecuzione delle riparazioni avesse stipulato co' terzi sarebbero regolarmente validi.[1] Del pari può stipulare le assicurazioni de' beni mobili od immobili del minore contro gl'incendi ed altri casi fortuiti;[2] fare locazioni che non eccedano il novennio (art. 296 e 1572); acquistare gli oggetti necessari all'economia domestica od all'amministrazione del patrimonio (art. 296); e pagare gl'interessi dei debiti; e accettare donazioni o legati non soggetti a pesi, nè a condizioni (arg. *a contr.* art. 1, 296). In fine può difendere in giudizio il minore dalle azioni contro di lui promosse, qualunque ne sia l'oggetto (arg. *a contr.* art. 297); e valersi a tale effetto di tutti i mezzi; continuare la difesa in tutti i gradi di giurisdizione, cioè appellare contro la sentenza che condanna il minore, ed anche ricorrere in cassazione;[3] anzi può promuovere in giudizio le azioni possessorie, e le questioni relative al conseguimento delle rendite, ed anche le altre in caso di urgenza (art. 298, capov.).

Il tutore eziandio riguardo a questi atti è responsabile dei danni verso il minore, quand'anche avesse dimandato il parere del consiglio di famiglia. Ma l'approvazione di questo autorizza,

---

[1] Consulta Aubry e Rau, I, § 113, pag. 455 e seg.; Massé e Vergé su Zachariae, I, 434; Valette, Explic. somm., p. 275; Toullier, II, 60; Duranton, III, 559; De Fréminville, I, 521-525; e sopra tutti Demolombe, VII, 648-652.

[2] De Fréminville, I, 442; Demolombe, VII, 687; Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Vedi Aubry e Rau, I, § 114, pag. 464; Demolombe, VII, 713.

senza dubbio, il tribunale a valutare con meno rigore la responsabilità del tutore. Gli atti però sono validi, salve le nullità di diritto comune.

370. Il secondo obbligo da soddisfarsi dal tutore durante la tutela consiste nella presentazione degli stati annuali di amministrazione al consiglio di famiglia.

Questi stati tendono allo scopo di assicurare un'amministrazione saggia e regolare, e di conoscerne sollecitamente il disordine.

Tale obbligo è imposto ad ogni tutore, ad eccezione dell'avo paterno e materno; e qualunque esenzione dal medesimo è di niuno effetto (art. 304).

Questi stati saranno stesi e rimessi senza spesa in carta non bollata e senza alcuna formalità di giudizio (art. 303, capov.).

Il consiglio di famiglia deve farli esaminare da uno de' suoi membri, e sulla relazione di questo, deve deliberare sopra i medesimi, approvandoli o no; e sui risultati di essi, mantenere o modificare le regole e le cautele prescritte nell'interesse del minore (art. 303).

Gli stati, dopo la deliberazione del consiglio di famiglia, debbono essere depositati presso la pretura (art. 303, capov.).

SEZIONE VII.

DEI MODI CON CUI FINISCE LA TUTELA E DEL RENDIMENTO DE'CONTI DELLA MEDESIMA

SOMMARIO

371. Transizione ai modi con cui finisce la tutela, e al rendimento de' conti della medesima.

371. Cessato pel tutore l' esercizio del suo ufficio, col finire in modo assoluto o relativamente ad esso la tutela, egli deve render conto dell' esercizio medesimo.

È perciò necessario di conoscere prima i modi con cui la tutela finisce, e in generale gli effetti che la estinzione della tutela produce sui poteri che il tutore ha sopra la persona e i beni del minore. Tra questi effetti figura appunto il rendimento de' conti della tutela medesima.

§ I.

DEI MODI CON CUI FINISCE LA TUTELA

SOMMARIO

372. La tutela finisce in diversi modi, secondo che si considera da parte del tutore o del minore.

La tutela *ex parte tutoris*, o più esattamente l'uffizio di tutore finisce colla sua morte, colla sua sopravvenuta incapacità; [1] colla sua dispensa o remozione dagli uffizi tutelari; colla sua assenza anche semplicemente presunta; e colla rinunzia offertane al consiglio di famiglia e da questo accettata.[2]

Ex parte minoris poi la tutela finisce colla sua morte; colla sua emancipazione espressa o tacita; e da ultimo colla sua maggiore età. Ma egli può essere riassoggettato alla tutela colla revoca della emancipazione o colla interdizione.

Nulla rileva che più sieno i minori soggetti alla medesima tutela. Per ciascuno di essi la tutela finisce al sopravvenire della causa, e continua a sussistere per gli altri.

373. Appena cessato l'uffizio di tutore o finita la tutela, questi perde tutti i suoi poteri tanto sulla persona, quanto sui

---

[1] Vedi sopra, n. 349 in fine.

[2] Un cittadino italiano che sia tutore, divenendo straniero, potrà cessare dal suo uffizio? Che egli possa continuare a esercitarlo, non v'ha dubbio; essendo capace dei diritti civili. Non v'ha neppur dubbio che possa esserne dispensato dal consiglio di famiglia in forza dell'articolo 276. Ma ove non ne ottenga dispensa, il tribunale, avanti al quale impugnasse la deliberazione del consiglio di famiglia, dovrà esonerarlo, o potrà anche mantenervelo? Reputo che l'autorità giudiziaria debba esonerarlo; perchè come straniero gode dei diritti civili, ma contro sua voglia non può essere assoggettato agli obblighi che impone la legge italiana nei rapporti privati; non avendo questa più impero sopra di lui, fatto straniero.

beni del minore, e al tempo stesso è liberato da tutti i suoi obblighi e le sue incapacità in riguardo al minore, salvo quelle di ricevere per testamento e di prescrivere, che continuano a sussistere sino al rendimento de' conti (art. 769 e 2119). Nè gli uffizi tutelari passivamente o attivamente passano agli eredi del tutore nel caso di morte, essendo essenzialmente personali. Ma in questo e negli altri casi, ne' quali, cessando l'ufficio di tutore, continua a sussistere la tutela, questa viene provvisoriamente esercitata dal protutore, giusta la disposizione dell'articolo 266, capoverso.

Che se il tutore o i suoi eredi abbiano continuato nell'amministrazione de' beni del minore, si ha per continuato l'esercizio della tutela sino al rendimento de' conti, quando sia cessata *ex parte tutoris*; si ha invece per tenuta la semplice gestione di affari, quando la tutela siasi estinta *ex parte minoris*; perciocchè nel primo caso soltanto può sussistere una tutela di fatto, come può sussistere di diritto; e d'altra parte gl'interessi del minore esigono che si presuma continuata la tutela, anzichè convertita questa in semplice gestione.[1]

---

[1] I signori Aubry e Rau, nella terza edizione (I, § 120, pag. 435 testo e nota 3) avevano insegnato: « Les obligations que la tutelle impose au tuteur cessent également, de plein droit, avec ses fonctions. Toutefois, si le ci-devant tuteur avait, sans rendre compte, conservé de fait l'administration du patrimoine de son ancienne pupille, il resterait soumis envers ce dernier à toutes les obligations dérivant de la tutelle. » Nella quarta edizione § 120, pag. 484-485, apportano un'eccezione a quella regola, aggiungendo: « à moins que, d'après l'ensemble des circonstances, on ne dût reconnaître que c'est par suite d'un accord ayant opéré interversion de qualité dans la personne du ci-devant tuteur, que celui-ci a continué de gérer, à titre de mandataire ordinaire, les biens de son ancien pupille. » In nota poi, dopo aver ricordato che la loro dottrina era seguita comunemente nell'antico diritto, la chiariscono in questi termini: « Quoique, essi dicono, le Code Napoléon n'ait pas expressément rappelé la règle énoncée au texte, on ne doit pas hésiter à l'appliquer, parce qu'elle est fondée en raison. On ne comprenderait pas que le seul fait de la majorité du pupille pût, indépendamment de la restitution des biens pupillaires et de la reddition du compte de tutelle, opérer interversion de la qualité en laquelle le tuteur a jusqu'alors administré, et faire cesser, de plein droit, les obligations qui pesaient sur lui en cette qualité. D'ailleurs, le tuteur qui continue volontairement

§ II.

DEL RENDIMENTO DEI CONTI DELLA TUTELA

SOMMARIO

374. Il rendimento dei conti della tutela è lo stato di tutto ciò che il tutore ha percetto ed ha speso a nome del minore, durante la sua gestione.

Ogni tutore dativo, testamentario e legittimo deve render conto (art. 302). Deve renderlo eziandio il tutore di fatto, cioè quegli che di fatto ha agito da tutore, benchè nol fosse, ed in generale chiunque abbia amministrato i beni del minore, sebbene come semplice gestore di affari (art. e arg. art. 1747).

Qualunque esenzione dall' obbligo di rendere il conto definitivo è di nessun effetto (art. 304). Ma sarebbe valida la donazione e il legato del residuo debito del tutore, in quanto derivi da negligenza e da imprudenza, e non da mala fede o dolo; e nulla impedisce che la clausola di esenzione dall' obbligo di render conto sia interpretata in questo senso, quando

---

la gestion tutélaire, doit subir les conséquences de la position qu'il se fait ainsi. Le seul tempérament que puisse recevoir le principe que nous avons admis, est celui qui se trouve indiqué dans la suite du texte.» Ciò nondimeno a me sembra preferibile la decisione che ho dato nel testo, e per le ragioni quivi indicate; sembrandomi che il cangiamento di qualità debba nel tutore verificarsi necessariamente, una volta che tale qualità non può punto esistere più in esso, non dandosi tutore senza tutelato.

e i termini di essa e le circostanze di fatto lo comportino.[1] Inoltre il tutore o i suoi eredi sono liberati dall'obbligo di rendere il conto della tutela, quando siano posti nella impossibilità di renderlo per fatto del minore divenuto maggiore; come se, per esempio, non restituisca loro il conto e i documenti giustificativi che ebbe stragiudizialmente.[2]

Le persone a cui deve rendersi conto variano col modo con cui la tutela finisce.

Se la tutela finisce *ex parte minoris*, il conto deve rendersi ne' relativi casi o a lui solo, o a lui assistito dal curatore ordinario o da un curatore speciale, o ai suoi eredi, secondo che la tutela sia finita colla maggiore età, coll'emancipazione, o con la morte (art. 307, 316 e 306, capov.). Se poi la tutela finisce *ex parte tutoris*, il conto dell'amministrazione deve rendersi a colui che succede nella tutela (art. 306).

375. Finchè il conto di tutela non è definitivamente approvato, non può aver luogo veruna convenzione fra il tutore e l'amministrato (art. 307, capov.). Il divieto riguarda le convenzioni aventi per oggetto il rendimento de' conti e dirette a liberare in tutto o in parte il tutore dall'obbligo di render conto o di modificare tale obbligo. Riguarda pure le convenzioni, con cui il minore, fatto maggiore, avesse rinunziato nell' interesse del tutore, alle garanzie intese ad assicurare il pagamento del residuo risultante dal conto definitivo. È del resto indifferente che esse siano state fatte a titolo oneroso o gratuito; sicchè, non sarebbe valida neppure la condizione di non render conto, apposta ad una donazione fatta dal tutore al suo amministrato. Al contrario lo stesso divieto non si estende a convenzioni aventi altro oggetto: quindi, per esempio, è e rimane valida

---

[1] Consulta Leg. 9, 2° § 1; Leg. 28, § 4; Leg. 31, § 2, D. de liber. legata, XXXIV, 3; Valette su Proudhon, II, 407; e Explic. somm., pag. 286; Demolombe, VIII, 41 e 42; Demante, II, 230 bis.

[2] C. C. Torino, 5 gen. 1867, B. XXI, 1, 10.

la vendita, o la locazione stipulatasi fra il tutore e il minore divenuto maggiore.[1]

Quanto poi alle persone, le convenzioni anzidette sono vietate non solo fra il tutore e il minore fatto maggiore, ma ancora, e quasi con più ragione, fra il tutore e il minore semplicemente emancipato.[2] Al contrario non sono vietate fra il tutore e i successori del minore;[3] sibbene fra gli eredi del tutore e il minore;[4] ammenochè questi non sia un coerede.[5] Queste decisioni sono applicabili, ne'congrui casi, al protutore.

Ma la nullità delle convenzioni stipulate fra le soprannominate persone contro il divieto della legge è soltanto relativa; essa perciò è proponibile soltanto dal minore, fatto maggiore, o da'suoi eredi e aventi causa: al contrario non può valersene il tutore. La nullità della convenzione è in generale operativa contro i terzi, che abbiano contrattato col tutore sulla fede della medesima, o di un conto reso senza l'osservanza delle relative prescrizioni legislative.[6]

Questa nullità può sanarsi colla ratifica espressa o tacita, data dopo l'approvazione definitiva del conto; altrimenti sarebbe nulla, come la stessa convenzione. Essa inoltre rimane prescritta col decorso di cinque anni, computabili dal giorno in cui il minore divenne maggiore, a senso dell'articolo 1300.[7]

---

[1] Consulta Merlin, Questions, v° Tuteur, § 3; Duranton, III, 637 e seg.; Demolombe, VIII, 65 e seg.; Aubry e Rau, I, § 121, pag. 491-492.

[2] Demolombe, VIII, 76; Aubry e Rau, loc. cit.; Demante, II, 246 bis, III.

[3] Demolombe, VIII, 78; Aubry e Rau e Demante, loc. cit.; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 675.

[4] Demolombe, VIII, 86 e 87; Valette, Explic. somm., p. 294; *contro* Aubry e Rau, loc. cit.; e C. C. Paris, 19 magg. 1863; Journal de Palais, an. 1863, pag. 974; ma vedi l'osservazione quivi inserita.

[5] C. C. cit. e osserv. cit.

[6] Aubry e Rau, I, § 121, pag. 494 testo e nota 33.

[7] Consulta Merlin, Rép. v° Tutelle, sect. V, § 2, n. 3; Troplong, De la prescr. II, 1087; Taulier, II, 83; Chardon, Puissance, Tit. n. 522 e 523; Demolombe, VIII, 168; *contro* Toullier, II, 1278; Vazeille, Des prescr. II, 381, in quanto contano i cinque anni dal giorno della stipulazione dell'atto; e *contro* Aubry e Rau, I, § 121, pag. 494 testo e nota 35, che reputano non essere l'azione prescrivibile che col decorso di trent'anni.

Annullata la convenzione, l'amministrato deve restituire ciò che ha ricevuto, quand'anche lo abbia dissipato o non ne abbia tratto verun profitto, stando in corrispettivo della esonerazione dal rendimento de' conti. E per questa stessa ragione tale obbligo incombe all'amministrato anche nel caso che siagli stata fatta una donazione colla clausola di non esigere i conti della tutela; eccetto che consti non essere stata apposta tal clausola quasi in corrispettivo della donazione.[1]

376. Il conto della tutela non può essere renduto, nè dimandato che terminata l'amministrazione del tutore (art. 302 e 305). Durante questa il tutore non è tenuto che alla presentazione degli stati annuali.[2] Il tutore peraltro può, anche prima del rendimento de'conti, dimandare il rimborso dei crediti che ha contro il minore, non solo se procedano da titoli estranei all'amministrazione, ma anche se abbiano causa da questa; come se, esempligrazia, abbia anticipato il denaro per fare urgenti riparazioni; per soddisfare un creditore che minacciava atti giudiziali; o per provvedere ad altri gravi interessi del minore medesimo.[3]

377. Il conto può rendersi all'amichevole o per vie giudiziali, secondo che le parti si accordino o no a renderlo e a riceverlo, e si accordino o no nelle singole partite (art. 319, 328, Cod. proc. civ.). Del resto non rileva che l'amministrato sia ancora minore, emancipato o no, e che il conto si renda ad una piuttosto che ad un'altra persona.[4] Per altro il rendimento di conto non è definitivo, quando sia reso al nuovo tutore, se non intervenga l'approvazione del consiglio di famiglia (articolo 306); e il tutore non è efficacemente liberato, quando abbia reso conto all'amministrato fatto maggiore, se questi non sia stato assistito nell'esame del conto dal protutore, o da

---

[1] Leg. 18, D. de donat. XXXIX, 5; Duranton, III, 639; Delvincourt, I, 124; Demolombe, VIII, 97 e 98.

[2] Vedi sopra, n. 370.

[3] Demolombe, VIII, 45-49.

[4] Proudhon, II, 411; Duranton, III, 610; Marcadé, art. 471; Demolombe, VIII, 50.

altra persona, che in mancanza del protutore sarà stata designata dal pretore (art. 307).

Le spese del rendimento de' conti sono a carico dell'amministrato o dei suoi eredi; ma debbono essere anticipate dal tutore che possiede ancora tutte le rendite del minore (art. 305, capov. 1°).

Tali spese sono a carico dell'amministrato o de' suoi eredi, qualunque sia la causa per cui la tutela finisce, non solo relativamente alla persona del minore, ma anche del tutore; eccettuate in questo secondo le cause della remozione; perciocchè i fatti che le costituiscono sono delitti o colpe del tutore, che non debbono nuocere all'amministrato, coll'aver renduto necessario durante il tempo della tutela un rendimento di conto provvisorio.[1]

In ogni caso le spese a carico del minore sono quelle necessarie pel rendimento di conti, e non le altre, cui abbia dato causa il tutore. Quindi, per esempio, rimarranno a carico del tutore le spese occorse per costringerlo giudizialmente al rendimento de' conti e per respingere le opposizioni fatte da lui all'ammissione di partite passive o al rigetto di partite attive (art. 570, Cod. di proc. civ.).

378. Come si disse, il rendimento de' conti è lo stato di ciò che il tutore ha percetto ed ha pagato a nome dell'amministrato durante la sua gestione; esso adunque consta necessariamente di due parti, cioè dell'introito e dell'esito. Nell'introito si deve comprendere tutto ciò che si è percetto o ricevuto pel minore in oggetti, frutti naturali e civili, e in capitali in denaro. Nell'esito debbono comprendersi tutte le spese che saranno sufficentemente giustificate e riconosciute utili al minore (art. 305, capov.).

Le prove di giustificazione possono essere varie, secondo gli oggetti e la loro entità; così per certi affari sarà indispensabile la prova scritta, per altri potrà bastare la testimoniale.

---

[1] Demolombe, VIII, 103; Marcadé, art. 471, II; Toullier, II, 77; Mourlon, I, 1215.

Del resto, in riguardo tanto alla giustificazione, quanto all'utilità della spesa, il giudizio è di fatto. Ma sempre questo giudizio deve riferirsi al tempo e allo stato di cose ne'quali la spesa fu fatta; sicchè il tutore non risponde del caso fortuito e della forza maggiore che posteriormente l'abbia resa inutile. [1]

379. Approvati i conti, l'esercizio della tutela è definitivamente chiuso; e cessano perciò in modo assoluto tutti gli effetti della medesima. Quindi, fra le altre cose può aver luogo qualunque convenzione fra tutore e amministrato, quand'anche riguardi il risultato del rendimento de'conti, e il tutore può trarre profitto dalle disposizioni testamentarie del suo amministrato. A tale effetto non si richiede che il residuo risultante dal conto definitivo sia stato anteriormente pagato dal tutore.[2]

L'approvazione del conto produce questi altri importanti effetti; di cangiare il titolo di possesso tenuto dal tutore e dai suoi eredi, e renderlo utile per la prescrizione;[3] di far produrre interesse alla somma, a cui ascenda il residuo debito del tutore, dal giorno dell'ultimazione del conto; senza che occorra farne la domanda; però l'interesse non produce alla sua volta interesse.[4] Ma gl'interessi della somma che dal minore fosse dovuta al tutore non decorrono se non dal giorno della domanda giudiziale, fatta dopo l'ultimazione del conto (art. 309), essendo sembrato conveniente fare eccezione al diritto comune a favore del solo amministrato, che, o per sentimento di deferenza o per timore, può non chiedere gl'interessi (art. 308, 1231 e 1232). Questi interessi corrono o no ne'rapporti non solo fra amministrato e tutore, ma fra i rispettivi eredi.[5] Che se dopo l'ultimazione e approvazione del conto si scoprissero in questo degli errori, donde il tutore risultasse

---

[1] Maleville, art. 474; Magnin, I, 727; Demolombe, VIII, 113; Aubry e Rau, I, 121, pag. 489.

[2] Demolombe, VIII, 130.

[3] Troplong, Des prescript. art. 2236; Demolombe, VIII, 131.

[4] Demolombe, VIII, 133.

[5] Demolombe, loc. cit.

debitore, dovrà questi gl'interessi dall' ultimazione o dalla dimanda di rettifica del conto, secondo che sarà stato in buona o in mala fede.[1]

380. Resta a discorrere del tempo, entro cui debbono esercitarsi le azioni relative alla tutela. Le azioni del minore contro il tutore e il protutore, e quelle del tutore verso il minore, relative alla tutela, si prescrivono in dieci anni, computabili dal giorno della maggiore età o della morte dell' amministrato (art. 309).

Sono azioni relative alla tutela quella del rendimento di conto da parte tanto dell'amministrato che vuol riceverlo, quanto del tutore che vuol darlo, e della rettifica del medesimo per fatti relativi all'amministrazione e non per errori materiali incorsi nel medesimo, la correzione dei quali può dimandarsi entro trent'anni, computabili dal rendimento de' conti.[2] Sono del pari relative alla tutela le azioni di nullità delle convenzioni stipulate contro il divieto dell'articolo 307.[3]

Al contrario non sono relative alla tutela le azioni competenti all' amministrato contro il tutore, o a questo contro quello, indipendentemente dalla tutela, senza distinguere se sieno divenute esercibili durante o finita la tutela; quale per esempio, l'azione di divisione, e ogni altra intesa al rimborso di crediti non derivanti dalla tutela.[4] Non sono neppure relative alla tutela le azioni di rivendicazione che possono competere all'amministrato contro il tutore o i suoi successori, quali detentori de' beni dell' amministrato medesimo. Del pari non

---

[1] Demolombe, VIII. 140-142.

[2] Duvergier su Toullier, II, 1277, not. *a*; Massé e Vergé su Zuchariae, I, 462; Toullier, II, 81; Valette, Explic. somm., p. 299; Demolombe, VIII, 163; Aubry e Rau, I, § 121, pag. 496 testo e nota 41; Mourlon, I, 1222.

[3] Merlin, Rép. v° Tutelle, sect. V, § 2, n. 3; Maleville, art. 475; Aubry e Rau, loc. cit.; Toullier, II, 83; De Fréminville, II, 1119; Demolombe, VIII, 168; Chardon, III, 522 e 523; Demante, II, 236 bis, IV, e 239 bis, III.

[4] Duranton, III, 645 e XXI, 293; Aubry e Rau, loc.; cit. Valette, Explic. somm., pag. 301 e 302; Demolombe, VIII, 170-173; Mourlon, I, 1223; *contro* Delvincourt, I, 125, not. 1, e III, 547, nel caso che il credito sia esigibile durante la tutela.

sono relative alla tutela le azioni dirette a conseguire la soddisfazione de' crediti risultanti dalla gestione posteriore alla tutela; semprechè quella non debba essere equiparata alla tutela, o non si tratti di atti coll'esercizio di questa.[1] In fine per il presente oggetto non si considera relativa alla tutela l'azione pel pagamento del residuo risultante dal conto definitivo (art. 309, capov.).[2]

I dieci anni, come si disse, decorrono o dalla morte, o dalla maggiore età dell'amministrato, non ostante che fosse stato precedentemente emancipato.[3]

Le disposizioni relative all'interruzione e sospensione del corso delle prescrizioni sono applicabili anche a questa prescrizione speciale (art. 309).

CAPO II.

DELLA CURA DEI MINORI EMANCIPATI O DELL'EMANCIPAZIONE

SOMMARIO

381. Che cosa sia l'emancipazione e di quante specie: legale o tacita; dativa o espressa. Con qual atto si produca la emancipazione legale o tacita: col matrimonio. Deve aversi riguardo al sesso o alla età degli sposi? È necessario che il matrimonio sia valido? Può essere impedita questa emancipazione da dichiarazione in contrario?
382. Dell'emancipazione espressa. Chi possa farla. I genitori o i consigli di famiglia o di tutela.
383. In qual modo si faccia l'emancipazione espressa o dai genitori o dal consiglio di famiglia o di tutela. La deliberazione di quest'ultimo è mai soggetta all'omologazione del tribunale; o può essere impugnata? L'emancipazione può farsi sotto condizione o a termine o per determinati atti.
384. Quali persone possono essere emancipate? È necessario il loro consenso, perchè si operi la loro emancipazione?

---

[1] Leg. 13, D. de tut. et rat. dist.; Valette, Explic. somm., 303; Aubry e Rau, loc. cit.; Demolombe, VIII, 159 bis.

[2] Toullier, II, 1279; Demolombe, VIII, 158 e 159; Duranton, III, 643; Marcadé, art. 475; Aubry e Rau, I, § cit. pag. 497 e 498; Mourlon, I, 1222.

[3] Demolombe, VIII, 152; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, art. 475; Mourlon, I, 1224; Aubry e Rau, I, § 121, pag. 496.

381. L'emancipazione è un atto giuridico, con cui il minore è liberato dalla patria potestà, o dalla tutela.

L'emancipazione è legale e dativa, o altrimenti tacita ed espressa.

L'emancipazione legale o tacita si effettua per ministero di legge, mediante il matrimonio che venga contratto da un minore soggetto alla patria potestà o alla tutela; perciocchè i genitori, gli ascendenti, gli adottanti e i consigli di famiglia e di tutela col consentire al matrimonio del medesimo, implicitamente riconoscono in lui quella maturità di spirito che è necessaria per governare se stesso e amministrare i suoi beni. D'altra parte male si conciliano queste due cose; che un uomo, divenendo marito, e probabilmente padre, sia capo della famiglia sua e al tempo stesso rimanga soggetto alla patria potestà o alla tutela altrui; e che una moglie sia soggetta all'autorità di suo marito e al tempo stesso a quella de' genitori o del tutore suo, e al caso, anche a quella de' genitori o del tutore di suo marito.

Il minore è emancipato col matrimonio, sia uomo, sia donna, e qualunque sia l'età sua, cioè diciotto o quindici anni, che è la legale per contrarre matrimonio (art. 55), o di quattordici e di dodici, in cui può ottenersi la dispensa (art. 68).[1]

È necessario che il matrimonio sia valido, o che possa produrre i suoi effetti per la buona fede d'entrambi gli sposi o almeno del minore (art. 116).[2] Ma sebbene per nullità del matrimonio l'emancipazione non siasi potuta produrre, gli atti fatti da terzi, che in buona fede abbiano contrattato col minore nullamente coniugato, debbono mantenersi.

Questa emancipazione ha luogo non ostante qualsiasi stipulazione contraria, quand'anche inserita nell'atto di consenso prestato da chi di ragione, o nel contratto di matrimonio; perciocchè è un effetto del matrimonio, alle cui leggi, essendo d'ordine pubblico, non può essere derogato con atti privati.

Dall'altro canto lo scioglimento del matrimonio non estingue l'emancipazione, quantunque accada prima che il minore abbia raggiunto l'età di diciotto anni, necessaria per l'emancipazione espressa.[3]

382. L'emancipazione de' figli minori legittimi o legittimati può farsi dal genitore che eserciti la patria potestà, sia il padre, sia la madre, vivano congiunti o separati, e qualunque sia la causa per cui l'esercizio della patria potestà sia cessato nel padre e passato nella madre.[4] Il genitore che ha l'esercizio della patria potestà, può emancipare il figlio minore senza il consenso, anzi contro la volontà dell'altro.

La madre che sia passata a seconde nozze, ha il potere di emancipare il figlio minore, quand'anche non le sia stata con-

---

[1] Demolombe, VIII, 185; Aubry e Rau, I, § 129, pag. 540.

[2] Aubry e Rau, loc. cit.

[3] Duranton, III, 633; Demolombe, VIII, 186; Aubry e Rau, loc. cit.; Mourlon, I, 1229.

[4] Aubry e Rau, I, § 129, pag. 581 testo e nota 10; Demolombe, VIII, 205-210; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, art. 477, 683; Taulier, II, 86-88; Valette, Explicat. somm. p. 307.

servata l'amministrazione; perciocchè l'esercizio della patria potestà è sempre presso di lei (arg. art. 237).

Se il padre e la madre sieno morti o non abbiano l'esercizio della patria potestà per qualsiasi causa,[1] l'emancipazione del minore può farsi dal consiglio di famiglia, il quale non è obbligato di consultare nè il genitore del minore privato dell'esercizio della patria potestà, e molto meno gli altri ascendenti.

L'emancipazione poi dei figli naturali riconosciuti può farsi dal genitore che ne abbia la tutela legale, sia esso il padre o la madre (art. 312 e 184), e in mancanza di lui, sia perchè morto, sia perchè privato della tutela, può effettuarsi dal consiglio di tutela (art. 312).[2]

Finalmente tanto i figli naturali non riconosciuti, e gli adulterini ed incestuosi, quanto i fanciulli ammessi negli ospizi, a qualunque titolo e sotto qualsivoglia denominazione, i quali non abbiano parenti conosciuti e capaci dell'uffizio di tutore, possono emanciparsi dal consiglio di tutela (art. 312, 313, e 262).

383. L'emancipazione espressa si effettua dal genitore mediante dichiarazione fatta davanti il pretore da lui in persona (art. 311), o da un suo procuratore munito di mandato speciale ed autentico; non apparendo essere di essenza la sua comparsa, e potendo spesso esiger ciò le circostanze e l'interesse. Si effettua poi dal consiglio di famiglia o di tutela con sua deliberazione. Il consiglio di tutela nel prendere tale deliberazione deve essere eccezionalmente preseduto dal pretore, anche quando riguardi i fanciulli ammessi negli ospizi (art. 313); acciò all'atto di emancipazione sia sempre presente un magistrato, che, superiore pel suo ufficio agl' interessi privati, sorvegli a tutela del minore l'atto di emancipazione. Anche in quest' ultimo caso il pretore, secondo che mi sembra, può dare il suo voto, il quale a parità, avrà la preponderanza (arg. art. 258).

---

[1] Demolombe, VIII, 226; Aubry e Rau, loc. cit.; Magnin, I, 747.

[2] De Fréminville, II, 1030; Demolombe, VIII, 197.

Il pretore competente per ricevere l'atto di emancipazione è quello del luogo del domicilio del genitore emancipante, o del luogo ove ha sede la tutela, che è pur quello in cui ha sede il consiglio di famiglia, ed ha ordinariamente il domicilio il tutore.[1]

La deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela non è soggetta all'omologazione del tribunale; quand'anche non sia stata presa all'unanimità (art. 311). Non può neppure essere impugnata quanto alla sostanza, essendo arbitro il consiglio in siffatta deliberazione;[2] sibbene quanto alla forma.

L'emancipazione si opera indipendentemente dal consenso e dall'accettazione del minore, anzi a sua insaputa, ed anche suo malgrado, essendo un atto di assoluta autorità domestica.[3]

Infine l'emancipazione non può farsi sotto condizione, nè a tempo, nè per determinati atti; perciocchè essendo di diritto pubblico la legge che la regola, non possono esserne modificati gli effetti con private convenzioni. Essa sarebbe nulla anche di fronte ai terzi.[4]

384. Possono essere emancipati tutti i minori, i quali abbiano compiuto gli anni diciotto, senza distinzione di sesso, di filiazione e di sviluppo fisico e intellettuale.

Perchè si compia la loro emancipazione non è necessario il loro consenso; essendo un atto di potestà a cui trovansi soggetti.

385. La cura è, in riguardo all'emancipato,[5] un officio conferito ad una persona di assisterlo negli atti più importanti, della

---

[1] Demolombe, VIII, 194.

[2] Demolombe, VIII, 215; Aubry e Rau, I, § cit. pag. 543; Valette, Explic. somm., p. 308.

[3] Demolombe, VIII, 193.

[4] Leg. 77, D. de reg. juris; Demolombe, VIII, 227.

[5] Dico in riguardo all'emancipato, perchè molte sono le cure nel nostro diritto, e ciascuna essendo intesa a proprio scopo, ha propri uffici e propria natura distinta da quella delle altre (Vedi gli articoli 47, 233, 236, 247, 314, 339, 980).

vita civile, supplendo in tal guisa al difetto parziale della capacità naturale e giuridica di lui. Di qua apparisce la differenza fra il curatore e il tutore; mentre questi funziona, trattando esso gli affari, *negotia ipse gerendo;* questi funziona, interponendo la sua autorità, *auctoritatem interponendo*.

Quando non sussista il consiglio di famiglia o di tutela, perchè l'emancipato viveva sotto la patria potestà del genitore legittimo o sotto la tutela legale del genitore naturale riconosciuto o dichiarato, deve innanzi tutto procedersi alla sua formazione colle norme generali superiormente dichiarate.

La cura dell'emancipato può essere legittima e dativa, secondochè è conferita dalla legge o dal consiglio di famiglia o di tutela.

Quando l'emancipazione è fatta dal padre o dalla madre, la cura del minore emancipato appartiene per legge al genitore emancipante (art. 314, capov.).

Se poi l'emancipazione ha luogo mediante il matrimonio, la cura del minore emancipato maschio spetta al padre, e in mancanza di lui (quando cioè sia morto, assente o privato dell'esercizio della patria potestà), spetta alla madre. La cura della minore emancipata col matrimonio appartiene a suo marito, o al curatore o al tutore di questo che sia o minore, o maggiore, inabilitato o interdetto. Separandosi dal marito di corpo o di beni, o restando vedova, la cura di lei va ad appartenere per legge al padre o alla madre (art. 315). Nulla rileva, del resto, che il genitore emancipante avesse la tutela legale o la patria potestà sopra il minore emancipato.

386. Mancando il tutore legale, o facendosi l'emancipazione dal consiglio di famiglia o di tutela, il curatore viene nominato da questo (art. 314 e 315). Se adunque i genitori di un minore siano morti, o privati dell'esercizio della patria potestà, e quegli contragga matrimonio, il curatore sarà nominato dal consiglio di famiglia o di tutela. Del pari se la minore emancipata col matrimonio rimanga vedova, o venga a separarsi di corpo, e i suoi genitori siano morti o privati dell'esercizio della patria potestà o della tutela legale, il curatore le sarà nominato dal consiglio di famiglia o di tutela.

Può essere nominata a curatore dell'emancipato ogni persona, che può essere tutore (art. 268). E nulla impedisce che vi sia nominato quegli che in passato fu tutore testamentario, legittimo o dativo del minore (arg. art. 316).

Anche la cura è un officio pubblico e gratuito, come la tutela, e conseguentemente neppur essa può essere ricusata. Ma sono ammesse anche nella cura le cause stesse d'incapacità, esclusione e remozione che nella tutela, non quelle però di dispensa (art. 268-270 e 272).

387. Gli effetti della emancipazione debbono essere considerati in ordine alla persona e ai beni del minore. In ordine alla persona, l'emancipazione sottrae il minore dalla patria potestà, dalla tutela legale o dalla tutela ordinaria, secondo casi. Perciò cessano nel genitore emancipante e nel figlio emancipato tutti i diritti e le obbligazioni derivanti dalla patria potestà o dalla tutela legale, o dalla tutela ordinaria. Adunque il minore emancipato acquista il diritto di disporre della sua persona locando, per esempio, l'opera sua; può abbandonare la casa paterna o quella che il genitore che era investito della patria potestà o della tutela legale, o il consiglio di famiglia o di tutela gli abbiano destinato; può scegliersi la residenza e il domicilio (arg. *a contr.* art. 18); [1] e non è più soggetto all'obbligo della correzione. Del pari si estingue a favor suo l'usufrutto legale che si godeva dal suo genitore (art. 228).

Ma al contrario l'emancipazione non libera il minore emancipato dalla necessità di avere il consenso del genitore o degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela per la celebrazione del matrimonio e per l'adozione (art. 63-66, 208 e 209). Molto meno lo libera dalle obbligazioni derivanti da cause diverse dalla patria potestà o dalla tutela legale; quale, per esempio, l'obbligazione degli alimenti verso i genitori.

---

[1] Demolombe, VIII, 262; Aubry e Rau, I, § 130, pag. 543-544; Marcadé, art. 480, I.

388. In riguardo ai beni, il minore acquista, per effetto della emancipazione, una semicapacità, cioè una capacità intermedia fra quella del minore non emancipato e del maggiore avente il pieno esercizio de'suoi diritti. Il grado della sua capacità varia secondo la natura degli atti e dei loro oggetti. Perciocchè v'hanno atti che il minore può fare da se solo; atti pe'quali è necessaria ma sufficiente l'assistenza del curatore; atti pe'quali oltre tale assistenza si richiede l'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela, atti pe'quali oltre tale assistenza ed autorizzazione occorre l'omologazione del tribunale; e finalmente vi sono atti che al minore emancipato sono del tutto interdetti.

Il minore emancipato gode piena ed intera capacità di fare da se solo tutti gli atti che non eccedono la semplice amministrazione (art. 317). Quindi può percepire i frutti a mano a mano che scadono, e non in un solo tratto per anticipazione, quasi come un capitale, divorando così in un tempo solo le rendite dell'avvenire; rilasciarne quietanza e disporne a piacere (arg. art. 296), ossia venderli, permutarli, donarli, o farne impiego in crediti ed acquisti anche d'immobili; può dare in affitto i suoi beni, e prendere gli altrui per un novennio (art. 1572); può vendere i mobili soggetti a facile deperimento, e non gli altri la cui alienazione è un atto di disposizione (arg. art. 296); e finalmente può transigere ed anche compromettere sulle controversie che insorgessero sopra tali oggetti. [1]

Per tutti gli atti di semplice amministrazione il minore emancipato può trattare co' terzi anche a credito, potendo mancargli il denaro o per scarsa raccolta o per morosità dei

---

[1] Consulta su tutte queste proposizioni, Duranton, III, 688, e XIII, 407; Marcadé, Des transactions, 67; Demolombe, VIII, 282; Troplong, Des transactions, 45; Aubry e Rau, loc. cit., testo e nota 4; Delvincourt, III, 154, not. 4; Toullier, II, 1298; Marcadé, articolo 481 e seg.; ma tieni conto che il Cod. Nap. non ha disposizioni così precise e complete come il nostro Codice, donde in quello molte quistioni che non possono aver luogo nel nostro.

debitori, ma non può concedere ipoteca per garantirne la soddisfazione.[1]

389. Il minore emancipato ha bisogno dell'assistenza del curatore,

1º Per ricevere il conto della tutela; e se il curatore fosse quel medesimo che deve rendere il conto, il consiglio di famiglia o di tutela deve nominare un curatore speciale (art. 316);

2º Per riscuotere i capitali, quantunque provenienti da economie fatte dal minore; perchè da una parte anch'essi sono capitali, e dall'altra la disposizione della legge è generale ed assoluta.[2] Deve per questo effetto equipararsi alla riscossione de' capitali il ricevere per anticipazione e in un sol tratto il pagamento de' frutti civili de' crediti o delle locazioni (art. 318).[3] Il curatore per altro non deve assistere il minore nella riscossione de' capitali, se non sotto la condizione d' idoneo impiego de' medesimi (art. 318). Se l'idoneo impiego non venga fatto, ne è risponsabile il curatore verso il minore.[4] Quanto al debitore che ha eseguito il pagamento, egli non è punto responsabile del mancato impiego, non essendogli imposto nè espressamente, nè virtualmente l'obbligo d'invigilare il rinvestimento, e senza tale obbligo sarebbe ingiusta ed arbitraria la sua risponsabilità.[5] È però necessario che egli abbia eseguito validamente il pagamento, cioè che lo abbia fatto al minore debitamente assistito dal curatore di lui, altrimenti si troverà soggetto alla disposizione dell'articolo 1243;

---

[1] De Fréminville, II, 1057; Aubry e Rau, I, § 133, pag. 554-555; Massé e Vergé, I, 477 e seg.; Demolombe, VIII, 273; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 691 e seg.; Demante, II, 249 bis, III; Valette, Explic. somm., 315.

[2] Proudhon, II, 433; Duranton, III, 633; Demolombe, VIII, 274-299; Aubry e Rau, I, § 133, pag. 552-553; Marcadé, art. 492, I; Valette, Explic. somm., p. 318.

[3] Dot. cit. loc. cit.

[4] Aubry e Rau, § 131, pag. 547.

[5] Duranton, III, 679; De Fréminville, II, 1064; Demolombe, VIII, 303; Aubry e Rau, I, § 133, pag. 552.

3° Per stare in giudizio, sia come attore, sia come convenuto; qualunque sia l'atto, in riguardo al quale si fa luogo al giudizio, e specialmente quantunque si tratti di atto che il minore può fare da solo; in verità la disposizione della legge è generale ed assoluta (art. 318, cong. coll'art. 296).

L'autorizzazione del consiglio di famiglia è necessaria per la validità di tali atti, sebbene curatore del minore sia il padre emancipante. [1]

Se il curatore rifiuti di dare il suo consenso, il minore può far richiamo al consiglio di famiglia (art. 320), il quale provvederà secondo che esigeranno le circostanze; così, esempligrazia potrà autorizzare il minore a stipulare l'atto non consentito dal curatore, delegando uno de' suoi membri ad assisterlo. L'atto stipulato coll'autorizzazione del consiglio di famiglia, sarà valido, come se fosse stato consentito dal curatore, ma questi non è punto risponsabile per il medesimo.

390. Per fare qualunque degli atti eccedenti la semplice amministrazione, il minore emancipato ha bisogno non solo del consenso del curatore, ma eziandio dell'autorizzazione del consiglio di famiglia; quand'anche curatore ne sia il genitore emancipante. Tale autorizzazione è dunque necessaria, fra gli altri casi, per la cessione de' crediti del minore; per l'acquisto di beni immobili o mobili; per l'erogazione de' capitali; per le locazioni eccedenti il novennio; per l'accettazione o rinunzia di eredità; e per l'accettazione di donazione o legati soggetti a pesi e condizioni (art. 319, cong. all'art. 296).

391. Per gli atti di alienazione, di pegno od ipoteca, e per prendere denaro a prestito, fare transazioni, compromessi sopra atti eccedenti la semplice amministrazione e divisioni, oltre il consenso del curatore e l'autorizzazione del consiglio di famiglia e di tutela, si richiede l'omologazione del tribunale (art. 319, capov. cong. art. 301).

392. In fine il minore emancipato non può neppure coll'assistenza del curatore o l'autorizzazione del consiglio di famiglia

---

[1] Milano, 11 feb. 1867, B. XIX, 2, 68.

o di tutela, sebbene omologate dal tribunale, fare donazioni (art. 1052, capov. 3°), salve le disposizioni particolari relative al contratto di matrimonio (art. cit. e 1386).

393. Gli atti fatti dal minore emancipato, o da se solo o coll'assistenza del curatore e l'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela, all'uopo debitamente omologata dal tribunale, secondo le regole sopraesposte, sono validi come se fossero stati fatti da un maggiore di età pienamente capace (art. 1304). Essi perciò non potrebbero essere annullati o rescissi che per le cause di diritto comune, quali il dolo, la violenza, l'errore, la lesione.[1]

Ma gli atti che fossero fatti senza le formalità e condizioni volute dalla legge sono infetti di nullità relativa, la quale può essere proposta dal solo minore, e in suo nome, dal curatore, e da'suoi eredi ed aventi causa. Al contrario tale nullità non può essere dimandata dai terzi che abbiano contrattato con esso minore (art. 322).

Nell'una e nell'altra ipotesi è affatto indifferente che gli atti sieno utili o no al minore.[2]

394. L'emancipazione cessa colla maggiore età dell'emancipato; con la sua interdizione, e in fine con la revoca dell'emancipazione medesima.

Il minore emancipato può essere privato del benefizio dell'emancipazione, quando i suoi atti lo dimostrino incapace di amministrare (art. 321). Reputo ancora che ne possa esser privato anche allora che non sappia governare se stesso, e si abbandoni ai vizi e alla dissolutezza (arg. *a majori*, art. 321).[3]

Questa rivocazione può aver luogo contro il minore emancipato dal genitore o dal consiglio di famiglia e di tutela; ma non contro il minore emancipato per ministero di legge in forza del matrimonio, non essendo conciliabile che da una

---

[1] Consulta il Proc. verb. 18, VIII.

[2] Demolombe, VIII, 333.

[3] Massé e Vergé su Zachariae, I, 481; Demolombe, VIII, 357; *contro* Aubry e Rau, I, § 135, pag. 557; Valette, Explic. somm. pag. 335.

parte il marito minore sia al tempo stesso capo della sua famiglia e soggetto alla potestà patria o tutelare, e che la moglie minore sia soggetta ad un tempo e all'autorità maritale e alla potestà patria o alla tutela (arg. art. 321). Questa decisione è applicabile anche nel caso in cui il minore abbia contratto matrimonio dopo essere stato emancipato espressamente.[1] Ma può piacere che il minore, divenuto vedovo e senza figli, possa essere privato del benefizio dell'emancipazione, cessando la ragione del divieto.[2]

395. Il diritto di rivocare l'emancipazione compete esclusivamente al consiglio di famiglia o di tutela, quantunque il minore sia stato emancipato dal suo genitore, senza distinguere se questi sia vivo o morto; perocchè cessata la patria potestà, l'autorità legale sopra il minore va a risedere nel consiglio di famiglia (arg. art. 321, capov.).

In generale il consiglio di famiglia può rivocare l'emancipazione a sollecitazione di qualsiasi persona, come di un suo membro, del curatore, di un parente od affine del minore, del pubblico ministero e di uno estraneo qualunque ed anche di officio. Ma se il minore sia stato emancipato dal genitore e questi sia vivo, il consiglio non può rivocare l'emancipazione, che sopra la domanda di lui; essendo esso il principale interessato e il più competente giudice intorno alla convenienza e all'opportunità di mantenere e revocare l'emancipazione. Non ostante però la dimanda avanzata dal genitore, il consiglio di famiglia può non rivocare l'emancipazione (art. 321, capov.).

La rivocazione dell'emancipazione si fa mediante deliberazione del consiglio di famiglia o di tutela. Anche per la rivocazione dell'emancipazione de' fanciulli ammessi negli ospizi è

---

[1] Toullier, I, 1303; Vazeille, Du mariage, II, 465; Duranton, III, 675; Massé e Verge, I, 482; Aubry e Rau, I, § cit. pag. 558; Demolombe, VIII, 349-351; De Fréminville, II, 1079; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 696; Valette, Explic. somm., pag. 336. Nel diritto francese questa decisione è incontestabile anche per un argomento testuale desunto dall'articolo 485.

[2] Marcadé, art. 485, I; Taulier, II, 95; Demante, II, 265 bis, III; *contro* Aubry e Rau, I, § 135, pag. 558; Demolombe, VIII, 351.

necessario che il consiglio di tutela sia preseduto dal pretore; perciocchè per regola un atto giuridico non si distrugge che con lo stesso modo con cui fu formato.

La deliberazione del consiglio di famiglia non è soggetta all'omologazione del tribunale; e non può essere impugnata se non per difetto di forma.[1]

396. Dal giorno della rivocazione dell'emancipazione, il minore rientra sotto la patria potestà o la tutela legale de' genitori, secondo che egli è figlio legittimo o naturale riconosciuto, e in mancanza, rientra nello stato di tutela e rimane sotto le une o l'altra sino alla maggiore età compita (art. 321, capov. 2). Nè può essere novamente emancipato; ciò esigendo l'interesse del minore, una volta che di fatto si è mostrato incapace di reggere se stesso e di amministrare i suoi beni; dall'altra parte sarebbe bonarietà colposa, piuttosto che prudente consiglio pensare che possa avere acquistato la necessaria capacità nel giro di pochi mesi (arg. art. 321 in fine).[2] Ma se contragga matrimonio, si opera novamente l'emancipazione, e cessa di nuovo la patria potestà e la tutela, attesa sempre l'inconciliabilità delle due posizioni.[3]

Nel caso che il minore ritorni sotto tutela, si fa luogo ad un nuovo tutore legittimo e, in mancanza, ad un nuovo tutore dativo; perciocchè veramente si apre una nuova tutela (arg. art. 316).[4]

---

[1] Demolombe, VIII, 359; Magnin, I, 782.

[2] Decido in questo senso, perchè sembrami che tale sia la mente del Legislatore, ordinando che il minore *rimarrà sotto la patria potestà o la tutela sino alla maggiore età compita*, le quali parole altrimenti sarebbero inutili, sapendosi che la patria potestà e la tutela cessano con la maggiore età (consulta in questo senso Demolombe, VIII, 367 e 368; Aubry e Rau, III, 558).

[3] Aubry e Rau, loc. cit.; Valette, Explic. somm., p. 337; Demolombe, VIII, 368, Demante, II, 257 bis, III.

[4] Delvincourt, I, 126, not. 11; Toullier, II, 1303; Proudhon, II, 444; Duranton, III, 676; Aubry e Rau, I, § 135, pag. 558; Massé e Vergé, I, 481 e 482; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 697; Magnin, I, 783; Demolombe, VIII, 366; Demante, II, 267 bis, II; *contro* Toullier, II, 96 e Valette, Explic. som., pag. 337, che opinano rinasca la precedente tutela; e Boileux, art. 486, che reputa, dovere la nuova tutela essere sempre dativa.

Colla ricupera della patria potestà il genitore riacquista tutti i diritti a cui aveva rinunziato coll'emancipazione, e specialmente l'usufrutto legale, [1] e trovasi di nuovo gravato da tutti gli obblighi, che gl'incombevano per lo innanzi, e specialmente da quello di continuare l'educazione del figlio. Anche il nuovo tutore è investito degli stessi poteri e gravato degli stessi obblighi che il precedente.

397. La cura dell'emancipato poi, relativamente alla persona del curatore, cessa colla morte di quest'ultimo e con le cause d'incapacità, rimozione e dispensa sopravvenute dopo averla assunta.

---

[1] Valette su Proudhon, II, 445, e Explic. somm., pag. 338; Demolombe, VII, 555 e seg.; Mourlon, I, 1264; *contro* Demante, II, 129 bis, 7 e 257 bis; Marcadé, art. 485-486, II.

TITOLO X.

DELLA MAGGIORE ETÀ, DELL'INTERDIZIONE, DELLA INABILITAZIONE.

CAPO I.

DELLA MAGGIORE ETÀ

SOMMARIO

398. Della maggiore età. Nozioni generali. A qual anno è fissata la maggiore età. L'anno si conta di giorno in giorno e d'ora in ora? *Quid juris*, se l'ora non sia nota? Rinvio della piena capacità, che di regola si possiede dal maggiore di età. Incapacità politica. Sua incapacità civile temporanea in ordine al matrimonio, ove abbia il padre o la madre legittima. Incapacità civile di cui può essere colpito per interdizione o inabilitazione.

398. Già si disse che il cittadino italiano che compie gli anni ventuno diviene maggiore (art. 323, princ.). Gli anni ventuno si computano non di giorno in giorno, ma di ora in ora, di momento in momento, come sopra abbiamo veduto.[1]

La maggiore età non cessa che con la morte.

Il maggiore di età è capace di tutti gli atti della vita civile, salvo le eccezioni stabilite da disposizioni speciali.

Le incapacità di cui è colpito il maggiore riguardano principalmente il godimento e l'esercizio dei diritti politici. Per ciò che concerne i diritti civili, le restrizioni sono limitatissime; fra esse noteremo quella di non potere, se maschio avente il padre e la madre, celebrare il matrimonio sino agli anni venticinque, senza il consenso de'suoi genitori (art. 63).

Ma, siccome pure fu notato, il maggiore di età può essere colpito da infermità mentali, che lo rendano affatto o men ca-

---

[1] Vedi sopra, n. 344.

pace di governare se stesso e può anche abusare, quasi da folle, della capacità conferitagli. Ciò verificandosi, la legge nella sua provvidenza esige che egli, nell'interesse suo personale, in quello della famiglia e sino ad un certo punto anche nell'interesse della società, sia privato della sua capacità civile in tutto od in parte. La privazione completa è l'effetto dell'interdizione; la incompleta si ha, dalla inabilitazione.

CAPO II.

DELL' INTERDIZIONE

SOMMARIO

399. L'interdizione è legale e giudiziaria. L'interdizione legale è pronunziata dalla legge come conseguenza della pena inflitta a certi reati (vedi art. 3 della legge transit.). L'interdizione giudiziaria poi è quella che si pronunzia dai tribunali civili nell'interesse di persone che per abituale infermità di mente sono incapaci di provvedere ai propri interessi (art. 324). Di questa seconda solamente è nostro ufficio di discorrere.

400. L'interdizione non può pronunziarsi che quando esista in una persona un'abituale infermità di mente che lo renda incapace di provvedere ai propri interessi. Nulla rileva di qual carattere sia tale infermità, cioè l'idiotismo, la manía, la demenza e simili; nè se tale stato sia congenito o acquisito; nè infine se presenti o no lucidi intervalli; perciocchè anche allora l'infermità è abituale. [1] Del resto appartiene al prudente arbitrio de' magistrati di decidere, se l'infermità sia abituale, e renda in fatto la persona incapace di provvedere ai propri interessi. [2]

Ma il sordo-mutismo e la cecità, quantunque dalla nascita non costituiscono per se soli tali infermità da dar luogo alla interdizione, essi invece danno luogo per ministero di legge alla inabilitazione (art. 340). Nemmeno possono dar luogo all'interdizione le aberrazioni parziali di spirito, gli atti isolati, accidentali e rari di demenza o di furore, e le bizzarrie di carattere. [3]

401. L'interdizione può essere pronunziata contro il maggiore e contro il minore emancipato; perciocchè trovandosi tanto

---

[1] Valette, Explic. somm., p. 343 e 344; Demolombe, VIII, 426-439.

[2] Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 712; Demolombe, VIII, 430; Mourlon, I, 1273.

[3] Aubry e Rau, I, § 124, pag. 510-511; Mourlon, I, 1272; Demolombe, VIII, 427 e 428.

l' uno quanto l' altro, sebbene in grado diverso, investiti di capacità pel governo della loro persona e per l'amministrazione dei loro beni, interessa di privarneli quando sieno colpiti da abituale infermità (art. 324).

Può eziandio essere pronunziata contro il minore non emancipato nell' ultimo anno della sua minore età; acciò egli nel divenir maggiore non goda, neppur per un istante, della sua capacità, il cui possesso potrebbe nuocergli, e non manchi neppure per un istante di chi provveda ai suoi interessi.[1]

402. L' interdizione non può essere pronunziata che sulla dimanda di una delle persone autorizzate dalla legge a promuoverla.

Hanno in primo luogo facoltà di provocare l' interdizione di una persona i suoi congiunti di qualunque grado e di qualunque linea (art. 326), senza verun ordine di preferenza; così da una parte i figli possono dimandare l' interdizione del padre e della madre; perciocchè la dimanda d'interdizione non è cosa immorale ma doverosa, essendo diretta a provvedere all' infermità, e non a togliere la capacità perduta già naturalmente; e dall' altra il più lontano congiunto della linea materna può provocare l'interdizione prima di ogni altro.[2] Se il congiunto fosse minore o interdetto può promuovere la dimanda d' interdizione il suo tutore, non essendovi ragione di considerarla come inerente alla persona, ed incommutabile anche nell'esercizio.[3] Può

---

[1] Veramente l' interdizione del minore che fosse pronunciata prima dell'ultimo anno della sua minore età produrrebbe importanti effetti; imperocchè priverebbe il minore dell'esercizio del diritto di contrarre matrimonio (art. 61), e di testare (art. 763, 2°), e renderebbe nulli di diritto gli atti fatti dopo l' interdizione; ma la legge ha preferito che il matrimonio, il testamento e gli altri atti fatti dal minore, restino soggetti alle regole di diritto comune (art. 1144, 2° e 763, 3°).

[2] Toullier, II, 1313; Demolombe, III, 144 e 145; VIII, 149; Aubry e Rau, I, § 125, pag. 512 testo e nota I; Marcadé, art. 495; Mourlon, I, 1277.

[3] Duranton, III, 719; Magnin, I, 832; Demolombe, VIII, 450-454; Aubry e Rau, I, § 125, pag. 512; Massé e Vergé, I, 464.

anche dimandarla il congiunto naturale, quando il vincolo di parentela che lo unisce alla persona da interdire consti legalmente per riconoscimento o per dichiarazione.[1]

Ha pure tale diritto il coniuge della persona da interdirsi (art. 326).

Infine anche il pubblico ministero può provocare l'interdizione di qualunque persona (art. 326).

Fra queste persone non v'ha alcun ordine di preferenza; per forma che il pubblico ministero può provocare l' interdizione di una persona, che abbia il coniuge o i genitori.

Tutte le anzidette persone possono dimandare l' interdizione, quand'anche avessero in qualsiasi circostanza riconosciuto la capacità di quello che ora vogliono fare interdire; perciocchè non può rinunziarsi al diritto e al dovere di provocare l' interdizione; concesso il primo e imposto il secondo per l'interesse dell'infelice infermo e della società.[2]

All' infuora di queste persone non avvene altra ammessa a provocare l'interdizione; essendo limitativa l'enumerazione che ne fa la legge; quindi, per esempio, non può essere provocata dagli affini che non sono compresi sotto il nome di congiunti (arg. art. 742).[3] Che anzi, neppure lo stesso infermo può in un lucido intervallo provocare la sua interdizione, non potendo

---

[1] Demolombe, VIII, 448; Demante, II, 263 bis.

[2] Demolombe, VIII, 478.

[3] Toullier, II, 1317; Duranton, III, 718; Magnin, I, 830; Demolombe, VIII, 468-470; Aubry e Rau, loc. cit. Questa decisione è approvata anche dalla giurisprudenza francese. Nel diritto patrio potrebbe incontrare qualche difficoltà; essendosi dichiarato dalla Commissione di coordinamento, che sotto la voce parenti, e perciò anche sotto la voce congiunti sono compresi gli affini. Ma già notai che questa estensione del significato della parola parenti non ha esempio nel nostro diritto. Nè al postutto d'altra parte parmi che manchi di ragione l'interpretazione ristrettiva che ne faccio nel diritto patrio; imperocchè l'interdizione è, se posso così esprimermi, affare di famiglia; ora gli affini non sono membri della famiglia de' parenti propriamente detti.

agire contro di se stesso (art. e arg. art. 836 e seg. Cod. di proc. civ.). [1] Molto meno possono provocarla i creditori di lui. [2]

403. Quegli che vuol promuovere l' interdizione, deve farne la dimanda con ricorso al tribunale civile nella cui giurisdizione ha domicilio la persona, contro la quale è proposta (art. 836, Cod. proc. civ.). Se quest' ultima sia minore, la dimanda deve essere diretta anche contro il curatore (art. 318).

Nel ricorso devono essere esposti in articoli i fatti sui quali si fonda la domanda, e indicarsi i testimoni informati. Devono inoltre unirvisi i documenti giustificativi che si avessero (articolo 836 capov. 1° e 2°, Cod. proc. civ.).

La interdizione non può essere pronunziata, se non avuto il parere del consiglio di famiglia o di tutela e dopo essersi proceduto all' interrogatorio della persona, contro cui si promuove (art. 327). In questo caso il consiglio è convocato per ordine del tribunale (art. 837 princ. Cod. proc. civ.). Ma il coniuge e i discendenti della persona di cui si domanda l'interdizione, e i parenti che l' abbiano promossa, non possono far parte del consiglio di famiglia o di tutela; nè assistere alle sue deliberazioni fino a che non sia pronunziata sentenza definitiva, per rimuovere ogni pericolo che votino nell'interesse loro piuttostochè nell' interesse dell'infermo. Però non solo possono ma hanno anche il diritto di essere sentiti per dare schiarimenti al consiglio (art. 327, capov. 1°); perciocchè niuno meglio di essi può fornirne di più e migliori, attesi gl' intimi rapporti, e attesa spesso la stessa coabitazione. Ma gli altri congiunti, come gli ascendenti, i fratelli e gli zii dell' interdetto, che facciano parte del consiglio e non abbiano promossa l' interdizione, hanno il voto deliberativo.

L'interrogatorio ha luogo in camera di consiglio; ammenochè la persona da interdire non possa per impedimento legittimo

---

[1] Merlin, Rép. v° Interdiction; Duranton, III, 724; Aubry e Rau, loc. cit.; Delvincourt, I, 131; Duvergier su Toullier, II, 1373; Valette su Proudhon, 218; Demolombe, VIII, 474; Mourlon, I, 1276; *contro* Marcadé, art. 490 e 491; Demante, II, 263 bis, I; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing. art. 490 e 491.

[2] Brescia, 10 giug. 1868, B. XX, 2, 522.

presentarsi davanti il tribunale nel giorno stabilito: nel qual caso il presidente delega un giudice, che deve trasferirsi coll'intervento del ministero pubblico nel luogo, in cui la persona si trova, per interrogarla (art. 838, Cod. proc. civ.). Dopo l'interrogatorio il tribunale deputa, se occorre, un curatore temporaneo, affinchè prenda cura della persona di cui fu chiesta l'interdizione, e de'suoi beni (art. 328, capov. ult.). Che se la medesima non comparisca nel giorno stabilito, o ricusi di rispondere, il tribunale può dare i provvedimenti che crederà opportuni, e anche in questo caso, nominare un curatore temporaneo (art. 839 capov. Cod proc. civ.).

L'amministratore provvisionale ha il solo potere di compiere gli atti di conservazione e di urgenza.[1]

404. L'interdizione riduce quello, contro cui è pronunziata, nello stato di tutela riguardo tanto alla persona quanto ai beni (art. 329).

L'interdizione produce il suo effetto dal giorno della sentenza (art. 330), ma conviene che contro essa non sia stato interposto appello, o che sia stata confermata; perciocchè se venga rivocata, si avrà per non pronunziata e il presunto interdetto avrà conservato anche nel frattempo la sua intera capacità. Però confermata che sia la sentenza in appello, il suo effetto incomincia dal giorno che fu pronunziata, e non da quello in cui fu confermata; perciocchè l'appello sospende sì l'esecuzione, ma non gli effetti legali della sentenza, ai quali si riferisce l'interdizione. Al contrario, se la sentenza di primo grado abbia rigettato la domanda d'interdizione, e quella di appello l'ammetta, l'effetto d'interdizione incomincerà dal giorno della sentenza di appello, che veramente pronunzia l'interdizione. Tutto ciò indipendentemente dalla trasmissione della sentenza a tutte le cancellerie di tutti i tribunali, e della sua affissione nella sala pubblica di aspetto (art. 844, Cod. di proc. civ.).[2]

---

[1] Aubry e Rau, I, § 125, pag. 515-516.

[2] Vedi Marcadé, art. 502.

405. La tutela dell'interdetto può essere legittima, dativa e testamentaria.

La tutela legittima è in primo luogo deferita al coniuge dell'interdetto; perocchè, dovendosi i coniugi reciprocamente assistenza, la tutela necessaria all'uno e deferita all'altro è quasi una sequela di quell'importantissimo dovere coniugale. Ciò inoltre esige più in generale l'intima unione coniugale, che respinge naturalmente ogni autorità che in certa guisa venga a frapporsi fra i coniugi. È però necessario che il coniuge della persona interdetta sia maggiore di età e nel pieno esercizio de' suoi diritti; chè altrimenti non potrebbe tenere e adempiere l'officio di tutore. È inoltre necessario che egli non sia separato legalmente dal suo coniuge interdetto; venendo altrimenti a mancare i motivi essenziali, pe' quali la legge deferisce all'un coniuge la tutela dell'altro (art. 330). È del resto indifferente che il coniuge interdetto sia la moglie o il marito; e che perciò tutore legittimo sia o il marito o la moglie (art. 330).

Se l'interdetto non abbia coniuge, o questi non possa esserne tutore legittimo, la tutela del medesimo è deferita dalla legge al padre, e in mancanza, alla madre di lui; non essendovi persona cui possa meglio affidarsi dopo il coniuge (art. 330, capov. 1°).

È poi dalla legge data facoltà al genitore che sopravvisse, di nominare il tutore al figlio, col testamento e con un atto notarile, nel modo stesso che nel relativo caso può nominarlo al suo figlio minore (art. 330, capov. 2°). Il genitore superstite può nominare il tutore al figlio pel caso che venga interdetto tanto nel tempo in cui aveva su di quello la patria potestà, quanto dopo che questa sia cessata; perocchè una volta che la tutela testamentaria da esso deferita deve avere effetto nella maggiore età del figlio, non può considerarsi come un'emanazione della patria potestà; qual è riguardo al figlio minore.[1]

---

[1] L'articolo 330, capov. ultimo dispone intorno alla tutela testamentaria dell'interdetto deferita dal superstite de' suoi genitori; salvo che il genitore che

Ma perchè possa aver effetto la tutela testamentaria deferita dal genitore superstite del figlio in appresso interdetto, è necessario che nel tempo in cui si pronunzia l'interdizione, la tutela non possa essere deferita legalmente al coniuge, al quale altrimenti non può esser tolta, appartenendole per legge innanzi a tutti. Per altro se in appresso il coniuge muoia, o venga dichiarato incapace della tutela, o ne sia dispensato o rimosso, si farà luogo alla tutela testamentaria prima che alla dativa; perciocchè qui la legittima precede la testamentaria, perciò ragion vuole che la testamentaria preceda la dativa, se no rimarrebbe inefficace.

Se al pronunziarsi dell'interdizione manchi la tutela legittima e testamentaria, si farà luogo alla tutela dativa (articolo cit.). Parimente si farà luogo alla tutela dativa; se in qualunque tempo dopo pronunziata l'interdizione, verrà a cessare la legittima e la testamentaria.

Del resto l'incapacità, l'esclusione, la dispensa, la rimozione e l'obbligo di accettazione della tutela dell'interdetto sono regolate dalle leggi relative alla tutela dei minori (articolo 329, capov.).

Anche la formazione e le attribuzioni del consiglio di famiglia o di tutela, e la nomina e la funzione del protutore sono regolate dalle disposizioni generali sopra esposte (articolo 329, capov.).[1]

406. Il tutore dell'interdetto ha in generale gli stessi obblighi che il tutore del minore. Quindi, fra le altre cose, è tenuto a fare l'inventario; a fare dal consiglio di famiglia o di tutela

---

sopravvisse, *prevedendo* il caso dell'interdizione del figlio, glielo abbia designato per testamento o per atto notarile. Il *prevedendo* si riferisce a tempo anteriore all'interdizione; ma nulla accenna che questo tempo debba essere quello della minore età del figlio. Tanto meno poi deve ciò ritenersi, che l'infermità mentale può dare i primi segni dopo, come prima della maggiore età del figlio. La previsione dell'interdizione adunque può incominciare dopo la maggiore età; ossia può verificarsi quella condizione di fatto, alla quale la legge ha voluto adattare la sua disposizione.

[1] Vedi sopra, n. 340.

stabilire per approssimazione l'annua spesa per mantenere l'interdetto, addolcirne la situazione e accelerarne la guarigione, che deve essere lo scopo tanto del consiglio quanto del tutore, anzichè accrescere e conservare intero il patrimonio dell'infelice interdetto. È tenuto ancora a fargli determinare, se l'interdetto secondo la natura della sua infermità, debba essere mantenuto nella propria abitazione, o collocato presso un ospizio di dementi. In fine, tacendo di altre cose, è tenuto a dar cauzione, a meno che non sia il padre o la madre dell'interdetto (arg. *a fortiori* art. 292): il coniuge, quantunque tutore legittimo, è soggetto all'obbligo della cautela, non essendo egli favorito dai motivi di dispensa ammessi a favore del padre o della madre dell'interdetto.

Dall'altro canto il tutore dell'interdetto ha gli stessi poteri che il tutore del minore. Quindi può fare da se solo gli atti di semplice amministrazione, e per gli altri ha bisogno dell'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela, all'uopo omologata dal tribunale, giusta le anzidette disposizioni generali.

Queste regole sono applicabili anche nel caso che la moglie sia tutrice del marito; in altri termini i poteri e gli obblighi della moglie tutrice del marito interdetto sono eguali a quelli di ogni altro tutore, riguardo tanto alla persona quanto ai beni. [1]

Ma l'ufficio della tutela, di cui venga investito l'un de'coniugi sull'altro, non gli toglie alcuno dei diritti che gli appartiene nella qualità di coniuge; semprechè rimanga la possibilità del loro esercizio nella nuova posizione giuridica dell'altro coniuge. Quindi, per esempio, il marito in forza dell'autorità maritale può ritenere presso di sè la moglie o collocarla in un manicomio o altro stabilimento di sanità; salvo al consiglio di famiglia o di tutela di prendere i provvedimenti resi necessari dai mali o insufficienti trattamenti del marito.

---

[1] Vedi Demolombe, VIII, 598-612.

Del pari il marito continua a godere e amministrare i beni dotali di sua moglie, come per lo innanzi. Quanto ai beni parafernali, cessa con la interdizione della moglie il mandato di amministrarli, che abbia da lei ricevuto (art. 1428 cong. coll'art. 1757), e cessa pure il godimento lasciatole da lei (art. 1429); ne assumerà invece l'amministrazione nella qualità di tutore. [1] Al contrario l'autorizzazione maritale non può aver più luogo; essendo la donna maritata divenuta incapace di fare qualsiasi atto della vita civile; e compiendoli in sua vece tutti il marito nella qualità di tutore o da solo, o coll'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela, debitamente omologata all'uopo dal tribunale civile.

Meritano ora speciale esame le ipotesi che l'un coniuge non sia tutore dell'altro. Se la tutela del marito interdetto non sia concessa alla moglie, ma ad un terzo, questi prende l'amministrazione dei beni propri del marito, e dei dotali (non facendosi luogo per sola interdizione alla separazione della dote dai beni del marito (art. e arg. art. 1418), [2] e di tutti gli altri che erano affidati all'amministrazione del marito. Ma l'autorità maritale sopra la moglie non passa nel tutore, ricuperando essa il pieno esercizio de' suoi diritti (art. 135, 1°); e molto meno la patria potestà sui figli, il cui esercizio spetta per legge alla loro madre (art. 220).

Parimente se la tutela della moglie sia deferita non al marito ma ad un terzo, coesiste nelle rispettive attribuzioni l'autorità maritale e la tutelare, salvo che il tutore non ha bisogno dell'autorizzazione maritale, a senso dell'art. 134, che è affatto estranea ed inconciliabile con l'organizzazione della tutela, nè l'autorità maritale può pretendere all'omaggio del tutore. [3] Dall'altra parte l'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela, omologata all'uopo dal tribunale, garan-

---

[1] Duranton, III, 750 e 762; Demolombe, VIII, 592, 597.

[2] Toullier, II, 1343; Demolombe, VIII, 614; Duranton, III, 754.

[3] Demolombe, IV, 228.

tisce ad esuberanza gl' interessi della donna, e per essa della sua famiglia.

407. Le regole finora esposte sono comuni alla tutela dell' interdetto e del minore. Ma quella ha alcune regole speciali. In vero in primo luogo, se in generale l' officio di tutela dell' interdetto è pubblico e perciò di accettazione obbligatoria, come quello della tutela del minore, tuttavia nessuno, ad eccezione del coniuge, degli ascendenti e discendenti, pe' quali è anche dovere di famiglia, è tenuto di continuare nella tutela dell' interdetto oltre dieci anni; perocchè prolungandosi maggiormente, diverrebbe troppo gravoso (art. 333).

In secondo luogo il tutore dell' interdetto, a differenza del tutore del minore, non è tenuto a far vendere i mobili che servono all' abitazione della famiglia; perocchè potendo l' interdetto rinsavire ed essere liberato dalla interdizione, è provvido di lasciare fornita la sua abitazione (art. 332). Ma reputo che il tutore possa alienarli, avutane l' autorizzazione del consiglio di famiglia, potendo ciò essere necessario e utile all' interdetto medesimo. Inoltre quando la tutela sia esercitata dal coniuge, dal padre o dalla madre, il consiglio di famiglia o di tutela può dispensare il tutore dall' obbligo di presentare gli stati annuali menzionati nell' articolo 303 (art. 331).

Infine il consiglio di famiglia o di tutela ha nella tutela dell' interdetto un potere che gli manca nella tutela del minore; vi ha cioè il potere di regolare la dote e le altre convenzioni matrimoniali de' figli dell' interdetto medesimo; perciocchè non potendo a ciò provvedere esso, ragione e interesse vogliono che in vece sua vi provveda il consiglio di famiglia o di tutela, che nella misura maggiore possibile rappresenta la potestà patria (art. 334).

Il regolare la dote e le convenzioni matrimoniali consiste nel determinare la somma o i beni in natura che debbono essere assegnati ai figli sul patrimonio del padre o della madre interdetti, prendendo a norma quanto essi prima dell' interdizione hanno fatto, o presumibilmente farebbero, se fossero sani di mente; e siccome questi avrebbero potuto negare la dote alla figlia (art. 147), così lo può il consiglio di famiglia

o di tutela.[1] Ma le convenzioni matrimoniali si stipulano dallo sposo, assistito da chi di ragione (art. 1378, 1386 e 1387); così, per esempio, appartiene alla figlia dell'interdetto, che si marita, di contrarre il matrimonio col regime dotale o colla comunione di beni.[2]

Per identità di ragione e di posizione il consiglio di famiglia ha la facoltà di provvedere per il collocamento de' figli dell'interdetto in quello stato che essi scelgano, sia la milizia o il sacerdozio.[3]

È opinione prevalente, fondata sullo spirito della legge, che sotto il nome di figlio s'intendano anche i figli de' figli e altri discendenti dell'interdetto. Che anzi, per la medesima ragione, il benefizio della legge si estende ai nepoti *ex latere* dell'interdetto, se siavi motivo di presumere (attesa, per esempio, la sua affezione per essi, l'interesse che può averne preso, quando era sano, il desiderio della conservazione della famiglia od anche la sola mancanza di parenti più prossimi), che se l'interdetto fosse stato sano di mente, avrebbe provveduto al loro collocamento.[4]

408. Ridotto l'interdetto nello stato di tutela, egli diviene incapace di fare qualunque atto della vita civile al modo stesso che n'è incapace il minore sotto tutela. Per esso quindi deve farli il tutore da se solo, o coll'autorizzazione del consiglio di famiglia, nei relativi casi omologata dal tribunale, secondo la natura degli atti, giusta le regole superiormente esposte su questa stessa materia, discorrendo dell'esercizio della tutela.

---

[1] Mourlon, loc. cit.

[2] Marcadé, art. 511; Mourlon, I, 1299.

[3] Valette su Proudhon, II, 552; Duvergier su Toullier, II, 1342, not. *a*; Massé e Vergé su Zachariae, I, 470; Aubry e Rau, I, § 126, pag. 521; Demante, II, 283 bis, I; Demolombe, VIII, 588; Marcadé e Mourlon, loc. cit.

[4] Vedi Aubry e Rau, loc. cit.; Massé e Vergé su Zachariae, I, 470; Taulier, I, 123; Valette, Explic. somm., p. 362; Demolombe, VIII, 586; *contro* Duranton, III, 766.

Per determinare gli effetti che l'interdizione produce sugli atti fatti dall'interdetto, conviene distinguere, se gli atti sieno stati fatti dopo la sentenza d'interdizione o la nomina dell'amministratore provvisionale, o anteriormente all'interdizione.

Nei due primi casi gli atti sono nulli di diritto; ossia debbono essere annullati necessariamente; senza che i terzi aventi interesse alla loro validità possano eccepire che furono fatti dall'interdetto in un lucido intervallo, e che a questo non arrecano lesione. Ma la nullità non si opera *ipso facto:* come ogni altra, anche questa deve essere pronunziata dalla competente autorità giudiziaria (arg. art. 1300, capov.).

Tale nullità, siccome deriva da incapacità, è relativa; perciò non può essere proposta che dal tutore, dall'interdetto, ricuperato che abbia l'esercizio de' suoi diritti, e da' suoi eredi ed aventi causa e non dalle persone che hanno contrattato con lui (art. 335, capov.); [1] è sanabile colla ratifica, ed è soggetta alla prescrizione di cinque anni stabilita dall'articolo 1300. Nulla rileva del resto che gli atti sieno fra vivi o di ultima volontà, e a titolo gratuito od oneroso; neanco che tali siano da potersi fare dal tutore o da doversi fare dall'interdetto, come la celebrazione del matrimonio, il testamento, la ricognizione de' figli naturali, l'adozione; benchè tali atti siensi fatti in un lucido intervallo (art. e arg. art. 61 e 763, 2°). [2]

---

[1] Consulta la sentenza della Corte di Torino, 31 gen. 1868, B. XX, 2, 57.

[2] Intorno a questo soggetto v'ha una vera anarchia fra gli scrittori del diritto francese (Vedi Delvincourt, I, 55, not. 1; Toullier, I, 502 e V, 57, not. 2; Proudhon, I, 375 e II, 531; Duranton, II, 27, 34 e III, 759; Marcadé, art. 146; Valette, Explic. somm. pag. 363 e 364; Demolombe, VIII, 634, 648); ma di fronte alla legge nostra ogni questione è impossibile; e parmi che abbia agito saggiamente il Legislatore, colpendo d'incapacità continua l'interdetto per infermità mentale, sottraendolo dai pericoli dell'abuso dei lucidi intervalli da parte sua e da parte dei terzi, e sottraendo i suoi atti alle questioni che gl'interessati farebbero sorgere sui medesimi. Il mancato riconoscimento di un figlio naturale o un'adozione, che si sarebbe potuta fare, non possono essere motivi sufficienti per far preferire la teoria di quelli che vorrebbero sottoporre la decisione alla ricerca dello stato mentale dell'interdetto ne' singoli momenti, considerata specialmente la rarità straordinaria dell'atto, e i pericoli di abuso, che pur sempre lo involgerebbero.

Nell'ultimo caso, cioè quando gli atti sieno anteriori all'interdizione, conviene fare una suddistinzione, cioè se gli atti sieno impugnati in vita o dopo morte dell'infermo. Nella prima ipotesi gli atti possono essere annullati ad istanza del tutore dell'interdetto, [1] di questo medesimo che abbia ricuperato l'esercizio de' suoi diritti, e de' suoi aventi causa, allorchè si verifichino queste due condizioni:

1º Che la causa d'interdizione sussistesse al tempo in cui avevano luogo gli atti medesimi;

2º Che o per la qualità del contratto, o per il grave pregiudizio che ne sia derivato o ne possa derivare all'interdetto, od altrimenti risultasse la mala fede di chi contrattò col medesimo; ossia che conobbe lo stato d'infermità mentale di lui (art. 336). [2]

Queste due condizioni devono concorrere insieme; sicchè, ove l'una delle due manchi, l'atto sarà valido; così esempligrazia, sarà valido se la causa d'interdizione sussisteva al tempo in cui l'atto fu fatto, ma questa era ignorata da colui che contrattò con l'infermo. La prova della esistenza della causa d'interdizione, e della conoscenza dello stato d'infermità deve farsi da chi dimanda la nullità dell'atto, senza che possa valersi del procedimento che ha avuto luogo, come preparatorio dell'interdizione, per istabilire la prova diretta di quei fatti.

Del resto appartiene al tribunale di decidere sull'ammissibilità o reiezione della dimanda di nullità, apprezzati i fatti col suo prudente arbitrio; in vero la legge gli dà la facoltà e non il precetto di dichiarar nulli tali atti. [3]

---

[1] Se la persona non venga interdetta, potrà dimandarsi la nullità degli atti fatti in istato d'infermità? Proudhon (II, 535), risponde negativamente; ma la sua decisione è comunemente rigettata, essendo che l'infermità può rendere inesistente l'atto, escludendo il consenso; e ogni persona può opporre l'inesistenza di un atto, benchè ne sia l'autrice materiale, o dimandarne all'occorrenza la dichiarazione (Vedi Duranton, III, 782; Demolombe, VIII, 660; Taulier, II, 118; Marcadé, art. 503, II).

[2] Duranton, III, 777; Aubry e Rau, I, § 127, pag. 523.

[3] L'articolo 337 dispone che gli atti anteriori alla interdizione *possono* e non che *debbono* essere annullati.

Nella seconda ipotesi gli atti non possono essere impugnati per infermità di mente, se non concorrendovi queste due condizioni, cioè:

1º Che l'interdizione sia stata promossa prima della morte dell'infermo che li ha fatti;

2º Che la prova dell'infermità risulti dall'atto stesso che viene impugnato, per essere lesivo degl'interessi dell'interdetto e perciò necessariamente anche de' suoi eredi (art. 337). [1]

Verificandosi queste due condizioni, possono essere impugnati gli atti a titolo oneroso, ma non quelli a titolo gratuito. [2]

409. L'interdizione può venire a cessare colla rivocazione.

---

[1] La disposizione dell'articolo 337 in quanto esige che la prova dell'infermità risulti dall'atto stesso che viene impugnato, deroga al diritto comune. Essa è stata tratta dall'articolo 504 del Codice Napoleonico. Ora i Dottori francesi non sono d'accordo sui motivi di tale deroga. Stando ai lavori preparatorii del Codice, tale deroga sarebbe fondata su questo motivo, che non dev'esser permesso agli eredi di sollevare quistioni che turbano la memoria del defunto. A questa considerazione si aggiunge dai sigg. Aubry e Rau (I, § 127, pag. 524, 525, nota 12), la seguente, cioè che, mentre relativamente alla persona che ha fatto un atto in istato d'infermità mentale, deve essere sufficiente un interesse semplicemente morale o di convenienza per dimandarne l'annullamento; pe' suoi eredi l'azione deve essere basata sopra un interesse pecuniario; si comprende poi facilmente, come la legge per evitare il più che è possibile gl'inconvenienti inseparabili dall'azione di nullità diretta, dopo la morte d'un individuo, contro gli atti da lui stipulati, esiga che l'interesse pecuniario degli eredi, per dimandarne la nullità de' medesimi, nasca dalla lesione che quegli atti possono aver cagionato al loro autore e per esso a loro medesimi. Da questo punto di vista si spiega perfettamente, perchè la legge abbia ristretta l'azione di nullità degli eredi al caso, che la prova della infermità risulti dall'atto stesso che viene impugnato; perciocchè una lesione di qualche importanza è tale da formare, se non una prova diretta e completa, almeno un indizio grave della infermità della mente dell'autore dell'atto, che lo lede. Queste considerazioni spiegano egualmente, perchè la presente disposizione non si applichi alle disposizioni a titolo gratuito, che diminuiscono sempre in modo più o meno notevole il patrimonio del donante a danno degli eredi.

[2] Vedi la nota precedente.

L'interdizione deve essere rivocata, quando venga a cessare la causa che vi abbia dato luogo; venga cioè a cessare l'infermità mentale. Cessata la causa, l'interdizione non può essere più mantenuta, trattandosi di capacità della persona, che rimane sempre regolata dalla legge, come soggetto d'ordine pubblico (art. 338).[1] A tale oggetto, è ordinato al consiglio di famiglia o di tutela di vegliare per riconoscere, se continui o venga a cessare la causa dell'interdizione. Quando riconosca che è cessata, deve dichiararlo con deliberazione; la quale deve essere trasmessa dal pretore al procuratore del Re (articolo 842, Cod. di proc. civ.).

Possono dimandare la revoca dell'interdizione le medesime persone che possono chiederne la dichiarazione; cioè i parenti e il coniuge dell'interdetto e il pubblico ministero (art. 338).

Per la revoca dell'interdizione debbono osservarsi le norme stabilite per provocarne la dichiarazione; cioè la revoca deve essere domandata con ricorso al tribunale civile nella cui giurisdizione è domiciliato l'interdetto; il ricorso deve esporre i fatti, sui quali la domanda di rivocazione si fonda, e indicare i testimoni informatine; deve pure essere accompagnato dai documenti giustificativi e via discorrendo (art. 842, Cod. di proc. civ.).

Rivocata l'interdizione, la persona ricupera il pieno esercizio de' suoi diritti.

Ma essa può essere inabilitata ed anche novamente interdetta.

410. L'uffizio di tutore dell'interdetto cessa, oltre che per le cause comuni al tutore del minore (in quanto sono comuni alle due specie di tutela), collo spirare di dieci anni (art. 333); ma questa causa speciale non giova al tutore, quando egli sia coniuge, ascendente o discendente dell'interdetto, trovandosi in tal caso sotto l'impero della legge comune al tutore del minore (art. cit.).

---

[1] Si noti che la disposizione dell'articolo 338 è *precettiva* e non facoltativa; imperocchè dice che l'interdizione *sarà* rivocata, e non che *potrà* essere rivocata.

CAPO III.

DELL' INABILITAZIONE

SOMMARIO

411. Della inabilitazione. Sue specie: giudiziaria e legale. Chi possa essere inabilitato giudizialmente: infermo di mente; prodigo. Chi possa promuovere l'inabilitazione giudiziaria. Del procedimento da seguirsi per la dichiarazione della inabilitazione.
412. Della inabilitazione legale. Quali persone la legge dichiara inabilitati? Sordo-muto, cieco dalla nascita. Questi possono essere dichiarati abili all'esercizio pieno de' loro diritti?
413. Costituzione del consiglio di famiglia o di tutela. Nomina del curatore. L'officio di curatore dell'inabilitato è pubblico e gratuito?
414. In che consista l'assistenza del curatore. È mai necessaria l'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela, e l'omologazione del tribunale? *Quid juris*, se il curatore rifiuti di assistere l'inabilitato? *Quid juris*, se siavi opposizione d'interesse? Il curatore è mai responsabile dell'assistenza prestata o rifiutata all'inabilitato?
415. Degli effetti dell'inabilitazione in ordine alla capacità della persona inabilitata. Non può fare gli atti eccedenti l'amministrazione senza l'assistenza del curatore.
416. Può l'autorità giudiziaria modificare l'incapacità dell'inabilitato?
417. Della nullità degli atti fatti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore. *Quid juris* degli atti fatti dall'inabilitato prima dell'inabilitazione?
418. Dei modi con cui finisce la inabilitazione. Sua revoca o dichiarazione di abilità. Quando possa aver luogo. Da chi possa dimandarsi. Del procedimento da seguirsi.
419. Dei modi con cui cessano le funzioni del curatore dell'inabilitato.

411. L'inabilitazione è giudiziaria e legale. La giudiziaria è un atto, con cui un maggiore infermo di mente, il cui stato non sia talmente grave da far luogo all'interdizione, e un maggiore prodigo sono dichiarati dal tribunale competente inabili a fare determinati atti senza l'assistenza d'un curatore. La legale è dichiarata dalla legge a favore de' sordo-muti e dei ciechi dalla nascita.

Lo scopo della inabilitazione è di garantire la persona contro gli atti imprudenti che potrebbe consentire e contro la dissipazione de' suoi beni.

L'inabilitazione giudiziaria può essere promossa da quelle stesse persone che ne' relativi casi hanno il diritto di promuovere l'interdizione; cioè dal coniuge e dai congiunti di quello che trovasi in condizione di essere inabilitato, e dal pubblico ministero (art. 339 capov. congiunt. all'art. 326). Al contrario

non può essere richiesta dall'infermo o dal prodigo stesso;[1] e molto meno questi possono da se medesimi dichiararsi inabili, o acquietarsi ad una sentenza illegalmente promossa, che tali li dichiari.

Come si diceva, può in primo luogo essere inabilitato giudizialmente l'infermo di mente, il cui stato non sia talmente grave da far luogo all'interdizione, ma al tempo stesso non così leggiero da permettergli di aver cura della sua persona, e di amministrare i suoi beni, come farebbe una persona perfettamente sana (art. 339).

In secondo luogo può essere inabilitato il prodigo, cioè quegli che per ispirito disordinato e costumi sregolati dissipa il suo patrimonio in eccessive e folli spese (art. cit.).

Del resto nulla rileva che l'infermo o il prodigo sia uomo o donna e che questa sia maritata; perciocchè l'autorità maritale non rende inabile la moglie, quanto la dichiarazione d'inabilitazione (raffronta gli art. 134-137, 339, 341 e 1427).[2]

Il procedimento per far dichiarare l'inabilitazione giudiziaria contro gl'infermi di mente e i prodighi, è quel medesimo da osservarsi per la dichiarazione dell'interdizione (art. 836-844, Cod. proc. civ.).

412. La legge poi dichiara inabilitati di diritto il sordomuto e il cieco dalla nascita, giunti all'età maggiore; perciocchè per tale misera loro condizione si presumono mancare del perfetto esercizio delle loro facoltà intellettuali; e per triste conseguenza sforniti della piena capacità di aver cura delle loro persone e di amministrare i loro beni (art. 340).

Ma questa presunzione deve cedere alla prova contraria, soprattutto di fronte ai mirabili trovati della civiltà per educare e sviluppare, fino all'ultimo grado, l'intelligenza di quei mi-

---

[1] Merlin, Rép. v° Prodigue, § 8; Duranton, III, 804; Duvergier su Toullier, III, 1373, not. *a*; Demolombe, VIII, 474; Aubry e Rau, I, § 138, pag. 564.

[2] Demolombe, VIII, 697; Aubry e Rau, I, § 138, pag. 564-565, testo e nota 10.

seri. Quindi essi, o per essi i loro curatori possono dimandare al tribunale che si dichiarino abili a provvedere alle proprie cose (art. 340). Per tale dichiarazione il sordomuto e il cieco dalla nascita sono equiparati in tutto al maggiore di età perfettamente sano e coltissimo.

413. Al promuoversi la dimanda dell'inabilitazione giudiziaria, o al sopravvenire la maggiore età del sordomuto o del cieco dalla nascita, già soggetto alla patria potestà o alla tutela legale de' suoi genitori, convien procedere alla costituzione del consiglio di famiglia o di tutela (art. e arg. articolo 327 e 341).

Il curatore dell'inabilitato è nominato dal consiglio di famiglia o di tutela (art. 339).

Può essere nominato a curatore dell'inabilitato ogni persona che può essere curatore del minore emancipato (art. 268, e arg. *a contr.* art. 272-276). [1]

L'uffizio del curatore dell'inabilitato, a differenza di quello del tutore e del protutore, non è obbligatorio, ma facoltativo, e dopo l'accettazione può essere rinunziato a piacere e in qualunque tempo (arg. *a contr.* art. 274). [2] Molto più adunque il consiglio di famiglia o di tutela può assegnare uno stipendio al curatore.

414. Le funzioni poi del curatore dell'inabilitato consistono nell'assistere questo negli atti che non può fare da se solo (art. 339), ma non già nel rappresentarlo; in conseguenza il curatore non può, a nome dell'inabilitato, stipulare un atto, nè promuovere un'azione, e nemmeno interrompere civilmente la prescrizione. [3]

L'assistenza del curatore consiste nella partecipazione personale e diretta che deve prendere agli atti giudiziali e stragiudiziali pe' quali si richiede; perciò non basta che sia prestato

---

[1] Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Demolombe, VIII, 709; Aubry e Rau, § 139, pag. 567.

[3] Merlin, Rép. v° Conseil judiciaire, 3; Demolombe, VIII, 710; Aubry e Rau, loc. cit.

con un atto separato o in forma di una semplice autorizzazione;[1] salvochè in esso si fossero specificate le clausole e le condizioni dell'atto, perchè allora cessa il timore che l'inabilitato possa cader vittima della sua incapacità e degli altrui artifizi;[2] ma sarebbe sempre inefficace il consenso prestato dopo compiuto l'atto; l'inabilitato però e il curatore insieme possono validamente ratificar l'atto.[3]

Ma l'assistenza del curatore basta per la validità degli atti dell'inabilitato, qualunque essi sieno; e non è mai richiesta l'autorizzazione del consiglio di famiglia o di tutela, nè l'omologazione del tribunale (arg. *a contr.* art. 319). In effetto per gli atti dell'inabilitato la legge non le richiede, come pel minore emancipato.[4]

Se il curatore si rifiuti abusivamente di prestare la sua assistenza all'inabilitato, questi può farne richiamo al consiglio di famiglia o di tutela, che potrà costringere il curatore a prestare la sua assistenza, e al bisogno surrogargli provvisoriamente o definitivamente un altro curatore (arg. art. 320).[5] Ma sembra che il consiglio di famiglia o di tutela non possa con la sua autorizzazione supplire all'assistenza del curatore.[6]

Quando debba farsi un atto giudiziale o stragiudiziale, nel quale l'interesse dell'inabilitato sia in opposizione con quello del suo curatore ordinario, dovrà nominarsi dal consiglio di

---

[1] Toullier, II, 1382; Duranton, III, 769; Magnin, I, 900; Demolombe, VIII, 763-765; Aubry e Rau, loc. cit.

[2] Chardon, Puissance tutélaire, n. 278; Demolombe, VIII, 752-756; Aubry e Rau, I, § 139, pag. 568; Marcadé, art. 5133.

[3] Demolombe, VIII, 757; Aubry e Rau, loc. cit.; vedi pure Toullier, II, 1380; e Duranton, III, 806.

[4] Marcadé, art. 513, 2.

[5] Demolombe, VIII, 762; Aubry e Rau, loc. cit.; ma questi dottori a norma del Codice Napoleonico, designano il tribunale come autorità, a cui far richiamo.

[6] Demolombe, Aubry e Rau, loc. cit.; *contro* Magnin, I, 900; Chardon, Op. cit. 278; ma riferiscono il discorso al tribunale.

famiglia o di tutela un curatore speciale per quell'atto (arg. art. 266).[1]

Il curatore, o che presti o che rifiuti la sua assistenza, non è risponsabile che pel dolo e per la colpa grave, che si equipara al dolo.[2]

415. L'inabilitazione rende incapace quelli contro cui è pronunziata, a stare in giudizio, fare transazioni, prendere a prestito, ricevere capitali, rilasciare liberazioni, alienare od ipotecare i suoi beni, e fare qualunque altro atto che ecceda la semplice amministrazione, senza l'assistenza di un curatore (art. 339).

L'incapacità di stare in giudizio è assoluta, cioè riguarda lo starvi tanto come attore, quanto come convenuto, e qualunque sia la natura della lite; talchè l'assistenza del curatore è necessaria all'inabilitato anche per far respingere l'opposizione fatta al suo matrimonio.[3] È parimenti assoluta l'incapacità di transigere, e perciò osta, qualunque sia l'oggetto della transazione. Tale incapacità si estende eziandio al compromesso, che va di pari passo colla transazione (arg. art. 296 e 307). L'incapacità poi di ricevere capitali include pel curatore il diritto ed anche l'obbligo di esigerne e vegliarne il rinvestimento; senza di che quell'incapacità sarebbe del tutto illusoria.[4] Infine la incapacità di rilasciare liberazioni e di alienare i beni è anch'essa assoluta, e perciò abbraccia le liberazioni di ogni specie e di ogni credito, benchè minimo, ogni specie di beni tanto immobili, quanto mobili, meno quelli destinati ad essere venduti o di facile deperimento, essendo l'alienazione di questi atto di semplice amministrazione (arg. art. 296), e infine ogni specie di alienazione (come fra le altre lo stabilimento di servitù) a titolo gratuito e oneroso.

---

[1] Demolombe, VIII, 762; Aubry e Rau, loc. cit.
[2] Demolombe, VIII, 779; Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, art. 513, 3.
[3] Demolombe, VIII, 723 e 724; Aubry e Rau, I, § 140, pag. 570.
[4] Demolombe, VIII, 626; Aubry e Rau, loc. cit.

Inoltre, come atti eccedenti la semplice amministrazione, l'inabilitato non può da se solo accettare o ripudiare una eredità testata o intestata, nè accettare donazioni o legati soggetti a pesi e condizioni, nè procedere a divisioni definitive, nè provocarle (arg. art. 296).

Da ultimo l'inabilitato, fin dal giorno in cui fu promosso il giudizio d'inabilitazione, non può fare donazioni neppure con l'assistenza del curatore, salve le disposizioni particolari relative al contratto di matrimonio (art. 1052 e 1337).

All'infuori di tali atti l'inabilitato conserva il libero esercizio de' suoi diritti.[1] Quindi fra gli altri atti, può percepire le sue rendite a mano a mano che scadono, e rilasciarne quietanza; prendere e dare in affitto per un novennio beni mobili od immobili; fare contratti per la conservazione, riparazione e miglioramento de' suoi beni, ma non per lavori di lusso;[2] e acquistare gli oggetti necessari all'economia domestica ed all'amministrazione del patrimonio (arg. art. 296). Può parimente contrarre matrimonio,[3] riconoscere un figlio naturale,[4] e fare testamento.[5]

L'inabilitazione giudiziaria produce il suo effetto dal giorno della sentenza; quand'anche la nomina del curatore non abbia luogo che posteriormente (arg. art. 328).[6]

416. L'incapacità di cui è colpito l'inabilitato, e la capacità che gli è lasciata dalla legge, non possono essere modificate, cioè allargate o ristrette, dal tribunale che pronunzia l'inabilitazione; perciocchè trattasi di capacità civile, la quale determinasi dalla legge, ed è intangibile per qualunque autorità.[7]

---

[1] Consulta Toullier, II, 1378; Duranton, III, 799; Aubry e Rau, I, § cit. pag. 572.

[2] Duranton, Aubry e Rau, loc. cit.; Marcadé, art. 513.

[3] Toullier, II, 1379; Duranton, III, 800; Demolombe, III, 21; Aubry e Rau e Marcadé, loc. cit.

[4] Aubry e Rau e Marcadé, loc. cit.

[5] Marcadé, Aubry e Rau, loc. cit.

[6] Consulta la sentenza della Corte di Torino, 11 dic. 1869, B. XXI, 2, 906.

[7] Toullier, II, 1378.; Duranton, III, 789; Demolombe, VIII, 720; Aubry e Rau, I, § 139, pag. 569.

417. Gli atti, riguardo a cui l'inabilitato è dichiarato incapace, sono affetti di nullità relativa, se fatti senza l'assistenza del curatore. Essa quindi non può esser proposta che dall'inabilitato e da' suoi eredi od aventi causa, ma non da quelli che con lui contrattarono (art. 341).

Ma gli atti fatti anteriormente alla sentenza che dichiara l'inabilitazione non possono essere annullati pel motivo che al tempo in cui furono fatti esisteva già la causa dell'inabilitazione [1] (salvo che non si tratti di sordomuto, o di cieco dalla nascita, gli atti de' quali, essendo inabilitati per legge, sono sempre annullabili). Ed è affatto indifferente che fosse stata o no promossa l'istanza d'inabilitazione e che ciò fosse o no noto a quelli che contrattarono colla persona più tardi inabilitata (arg. *a contr.* art. 336).[2] La ragione di questa differenza fra gli atti fatti anteriormente alla interdizione e quelli fatti prima dell'inabilitazione consiste in ciò, che la causa di questa, cioè la debolezza di spirito e la prodigalità possono avere molti gradi differenti; cosicchè se la sentenza potesse avere effetto retroattivo, cesserebbe pe' terzi ogni sicurezza (perciocchè il loro giudizio non potrebbe essere che incerto); al contrario la causa dell'interdizione è di natura sì apparente, che è sommamente difficile che i terzi non la conoscano.

In ogni caso la data degli atti privati sottoscritti dalla persona inabilitata deve ritenersi sincera sino a prova contraria, quand'anche non sia divenuta certa per uno dei fatti considerati nell'articolo 1327.

418. L'inabilitazione finisce colla rivocazione. La rivocazione non può aver luogo che quando sia cessata la causa per cui l'inabilitazione fu pronunziata (art. 342).

---

[1] Duranton, III, 781; Demolombe, VIII, 662; Marcadé, art. 513, 2. La Corte di Torino, nella sentenza 11 dic. 1869 sopraccitata, stabilisce in principio un'assimilazione troppo assoluta fra l'interdizione e l'inabilitazione, ma la sua decisione speciale è giustissima.

[2] Aubry e Rau, I, § 140, pag. 574-575.

Del resto sono comuni alla rivocazione dell'inabilitazione le regole riguardanti la rivocazione dell'interdizione (art. 342 e art. 842, Cod. proc. civ.).

419. Le funzioni poi del curatore dell'inabilitato cessano colla sua rinunzia, incapacità sopravvenuta, rimozione e morte.

Si reputa che quando le funzioni del curatore cessano con la sua morte, la nomina del nuovo curatore, che deve succedergli, possa essere provocata non solo dai congiunti, dal coniuge e dal pubblico ministero, che hanno qualità per promuovere l'inabilitazione, ma ancora dallo stesso inabilitato e dai terzi che vi abbiano interesse, come sarebbe un debitore che volesse soddisfare il suo debito.[1]

La stessa decisione, secondo il mio avviso, è applicabile anche quando le funzioni del curatore cessino per le altre cause; perciocchè la posizione è la medesima. Ma il caso della sua applicabilità è rarissimo, inquantochè il consiglio che accetta la rinunzia o dichiara l'incapacità o delibera la rimozione del curatore, procederà di proprio impulso alla nomina del nuovo curatore.

---

[1] Demolombe, VIII, 773; Aubry e Rau, I, § 139, pag. 569.

TITOLO XI.

DEI REGISTRI DELLE TUTELE DEI MINORI O DEGLI INTERDETTI E DELLE CURE DEGLI EMANCIPATI OD INABILITATI

SOMMARIO

420. In ciascuna pretura deve essere tenuto un registro delle tutele dei minori o degl'interdetti, ed un altro delle cure degli emancipati od inabilitati (art. 343). I registri sono tenuti in carta libera (art. 349, capov.).

Ogni tutore o curatore deve fare iscrivere nel registro la tutela o la cura entro quindici giorni da quello in cui l'abbia assunta; ma la tutela legale attribuita ai genitori non è soggetta ad iscrizione (art. 341).

Tutti i membri del consiglio di famiglia o di tutela debbono vegliare perchè la iscrizione venga eseguita.

Il pretore può ordinare d'uffizio l'iscrizione (art. 345).

Il registro delle tutele deve contenere per ciascuna di esse un capitolo speciale, nel quale deve annotarsi:

1° Il nome e cognome, la condizione, l'età e il domicilio della persona soggetta alla tutela;

2° Il nome e cognome, la condizione e il domicilio del tutore, del protutore e degli altri membri del consiglio di famiglia o di tutela;

3° Il titolo che conferisce la qualità di tutore e di protutore, o la sentenza che pronunziò l'interdizione;

4° Il giorno in cui si è aperta la tutela;

5° La data dell'inventario;

6° La data delle adunanze del consiglio e l'oggetto delle prese deliberazioni.

Inoltre deve tenervisi nota degli stati annuali dell'amministrazione del tutore e dei loro risultati.

In fine, trasferendosi la sede della tutela in altra pretura, deve farsene dal tutore dichiarazione nel registro di quella che abbandona, e procurarsene l'iscrizione nel registro dell'altra in cui viene trasferita (art. 345-347).

Il registro poi delle cure degli emancipati od inabilitati deve avere, per ciascuna di esse, un capitolo speciale nel quale deve annotarsi:

1° Il nome e cognome, la condizione, l'età e il domicilio della persona emancipata od inabilitata;

2° Il nome e cognome, la condizione e il domicilio del genitore emancipante, o dei membri del consiglio di famiglia o di tutela che deliberarono l'emancipazione;

3° La data dell'emancipazione o della sentenza d'inabilitazione;

4° Il nome e cognome, la condizione e il domicilio del curatore nominato all'emancipato od inabilitato e dei membri del consiglio di famiglia o di tutela;

5° Il titolo che conferisce la qualità di curatore;

6° La data delle adunanze del consiglio, e l'oggetto delle prese deliberazioni.

Le registrazioni si eseguiscono gratuitamente (art. 349, capoverso).

È officio del pretore di vegliare la tenuta dei registri, e alla fine d'ogni anno deve fare rapporto al procuratore del Re circa i provvedimenti presi per ottenere l'esecuzione della legge (art. 349).

Questi registri servono da una parte ad avvertire i terzi sulla capacità giuridica delle sunnominate persone, e della loro dipendenza riguardo alla medesima; dall'altra somministrano al giudice, al consiglio di famiglia ed al minore fatto maggiore, all'interdetto od inabilitato restituito alla libera amministrazione il modo di conoscere ed apprezzare l'andamento ed i risultati della tutela e della cura.[1]

---

[1] Relazione Vigliani, pag. 93.

TITOLO XII.

DEGLI ATTI DELLO STATO CIVILE

SOMMARIO

421. Degli atti dello stato civile. Transizione. Che cosa siano gli atti dello stato civile. Motivi d'ordine pubblico e d'interesse privato che ne giustificano la redazione. A quali avvenimenti principali della vita si riferiscono gli atti dello stato civile; nascita, matrimonio, morte. Altri avvenimenti, riconoscimento, e dichiarazione de' figli naturali, legittimazione per decreto reale, adozione, sentenze di nullità del matrimonio, sentenze di rettificazione degli atti dello stato civile. *Quid iuris* dell'atto di emancipazione, e delle sentenze d'interdizione o d'inabilitazione e di separazione personale? Divisione della materia.

421. Lo stato civile di cittadinanza e di famiglia delle persone è stato fino ad ora soggetto del nostro discorso; ci resta ora a vedere in quest'ultimo Titolo gli atti dello stato civile, che sono processi verbali destinati a ricevere e a conservare la prova dei principali avvenimenti relativi allo stato delle persone. Questi verbali sono stesi in appositi libri, che chiamansi registri dello stato civile. Quattro sono i registri dello stato civile; di cittadinanza,[1] nascita, matrimonio[2] e di morte. Ma attenendomi alle disposizioni legislative contenute in questo Titolo, non discorrerò che de' tre ultimi.

La redazione di questi atti è reclamata da potenti considerazioni d'interesse e d'ordine generale, esigendo che la nascita, lo stato e la morte di una persona non rimangano ignorati dalla pubblica autorità; e da considerazioni d'interesse privato, che trovasi sommamente impegnato nella prova che

---

[1] Il registro di cittadinanza serve eziandio per iscrivervi la dichiarazione di trasferimento del domicilio (art. 44, 5°, Regolamento per gli atti dello stato civile).

[2] Il registro di matrimonio ha quasi in appendice il registro delle pubblicazioni (art. 62 Reg. cit.).

ciascuna persona può dover dare della sua individualità ed età, del suo stato e de'suoi rapporti di famiglia, e dell'individualità, dell'età, dello stato e de'rapporti di famiglia dei terzi, coi quali trovasi in relazione.

Gli avvenimenti principali, oggetto degli atti dello stato civile, sono questi tre; la nascita, il matrimonio, la morte. L'atto di nascita serve a provare il fatto assoluto della nascita, la filiazione, almeno nella gran maggioranza de'casi, l'età e con questa il tempo in cui può aver luogo l'emancipazione, in cui si raggiunge l'età maggiore, si acquista la capacità a pubbliche funzioni e cose simili. L'atto di matrimonio vale per constatare la legittima unione dell'uomo e della donna, e con questo mezzo ad assicurare ai coniugi, ai loro figli e ai terzi tutti gli effetti civili che ne derivano. In fine l'atto di morte constata il fatto della morte, l'individualità della persona morta, e vale di prova per tutti gl'interessati a favore de'quali quella morte può cambiare lo stato, come avviene per iscioglimento del matrimonio, divenendo il marito o la moglie, persona libera, o aprire diritti, come i successorii.

Oltre gli atti di nascita, di matrimonio e di morte debbono essere iscritti o annotati gli atti di riconoscimento e dichiarazione de'figli naturali (art. 382 e 181); i decreti reali di legittimazione (art. 200); gli atti di adozione (art. 219); le sentenze che dichiarano la nullità de'matrimoni (art. 384), e finalmente tutte le sentenze di rettificazione degli atti dello stato civile (art. 403). Al contrario non debbono essere nè registrati, nè annotati gli atti di emancipazione; le sentenze d'interdizione, inabilitazione e di separazione personale riguardando la capacità giuridica e non lo stato delle persone.

La materia di questo Titolo è distribuita in sette parti, cioè;

1º Disposizioni generali;

2º Atti di nascita e di ricognizione della filiazione;

3º Atti di matrimonio;

4º Atti di morte;

5º Atti dello stato civile dei militari in campagna;

6º Rettificazione degli atti dello stato civile;

7º Disposizioni penali.

CAPO I.

DISPOSIZIONI GENERALI

SOMMARIO

422. Disposizioni generali. Della redazione degli atti dello stato civile. Quali persone figurino negli atti dello stato civile; uffiziale dello stato civile, dichiaranti, testimoni. Le parti interessate o i testimoni possono farsi rappresentare nella formazione degli atti dello stato civile? In qual luogo, avanti quale autorità e alla presenza di quali e quanti testimoni debbano farsi gli atti dello stato civile. L'ufficiale dello stato civile può formare d'ufficio atti di sua competenza. Può ricevere gli atti concernenti i suoi parenti ed affini, o formar l'atto del suo matrimonio?
423. Quali enunciazioni debba contenere l'atto dello stato civile. L'uffiziale dello stato civile può enunciare nell'atto dello stato civile dichiarazioni o indicazioni, fuori di quelle stabilite e permesse per ciascun atto? Della formalità della lettura dell'atto.
424. Della sottoscrizione dei dichiaranti. *Quid juris*, se non potessero o non volessero sottoscrivere l'atto redatto?
425. Della tenuta dei registri. Doppio originale. Vidimazione de' singoli fogli. Modo d'iscrivere gli atti dello stato civile sui relativi registri, o di farvi le annotazioni. Officio di vigilanza del procuratore del Re sulla tenuta dei registri, e suo diritto di verificarne lo stato.
426. Chiusura dei registri. Deposito di un originale negli archivi del comune; dell'altro presso la cancelleria del tribunale. Visto e deposito delle procure e carte annesse agli atti dello stato civile. Verificazione dei registri per parte del procuratore del Re. Loro deposito negli archivi del tribunale. Altri offici del procuratore del Re per l'applicazione delle pene e la rettificazione degli atti.
427. Nel caso che i registri non siansi tenuti, o siano stati distrutti o smarriti in tutto o in parte, o vi sia stata interruzione dei medesimi, potranno essere rifatti gli atti omessi, distrutti o smarriti? O come può supplirsi ai medesimi? *Quid juris* di un atto di matrimonio celebrato dinanzi ad un uffiziale incompetente e non più impugnabile?
428. Pubblicità dei registri. Diritto de' privati di averne estratti e certificati negativi, e di farvi fare indagini dall'uffiziale dello stato civile. Quali annotazioni debbano contenere gli estratti.
429. Della inesistenza degli atti dello stato civile per difetto di forma sostanziale. Sono mai annullabili? Havvi altra sanzione che garantisca l'osservanza delle leggi concernenti gli atti dello stato civile?
430. Del valore della prova risultante dagli atti dello stato civile, e dalle dichiarazioni dei comparenti.
431. Con quali mezzi possa farsi la prova delle nascite, dei matrimoni e delle morti, se i registri non siano stati tenuti o siano stati distrutti o smarriti in tutto o in parte, o vi sia stata interruzione nella tenuta dei medesimi? Cotesti mezzi suppletorii sono ammessi a favore di tutti?
432. Degli atti dello stato civile riguardanti il Re e le persone della famiglia reale.
433. Degli atti dello stato civile formati da cittadini in paese straniero. Possono farsi avanti le autorità del luogo, osservate le forme stabilite dalla legge del luogo medesimo Officio dei cittadini. Possono farli avanti i regii agenti diplomatici o consolari nelle forme stabilite dal Codice. Officio commesso ai regii agenti. Valore probatorio di tali atti.

422. Le disposizioni generali riguardano la redazione degli atti dello stato civile, la tenuta dei registri, la prova degli atti medesimi, gli atti dello stato civile del Re e delle persone della famiglia reale, e finalmente gli atti dello stato civile fatti in paese straniero.

Tre persone figurano negli atti dello stato civile. In primo luogo vi figura l'uffiziale dello stato civile, che attesta essere state fatte le dichiarazioni di nascita e di morte di un individuo, e la celebrazione del matrimonio, e che in alcuni casi verifica certi fatti *de visu et auditu*. La competenza d'ufficiale dello stato civile è territoriale nel doppio senso, che non è competente a redigere gli atti che nel territorio del suo comune, e che è competente a ricevere gli atti delle persone anche quivi non domiciliate, nè residenti; eccettuata la celebrazione del matrimonio, per la quale la sua competenza è subordinata alla condizione del domicilio, o della residenza almeno di uno de'due coniugi (art. 93). [1] Uffiziale dello stato civile è il sindaco; ma il suo ufficio può essere delegato ad altri. [2] Inoltre ne' relativi casi tengono le veci di uffiziale dello stato civile gli agenti diplomatici e consolari; i commissari di marina, capitani e patroni dei bastimenti privati; gl'impiegati designati dai regolamenti militari e il presidente del Senato. [3]

In secondo luogo figurano negli atti dello stato civile i dichiaranti, i quali danno notizia della nascita o della morte, o celebrano il matrimonio.

Tanto l'uffiziale dello stato civile, quanto i dichiaranti debbono limitarsi ad attestare fatti caduti sotto i loro sensi, non a pronunziare giudizi e a tradurre la loro opinione in una dichiarazione formale, facente parte integrante dell'atto, che, come tale, farebbe piena e legale fede sino a prova contraria. [4]

---

[1] Vedi Demolombe, I, 279; Aubry e Rau, I, § 56, pag. 196.

[2] Consulta la legge comun. e prov. 20 mar. 1865, art. 108; il Regolam. cit. art. 1; consulta pure Perotta, Gli atti dello stato civile, n. 1-14; Sighele, L'ordinamento dello stato civile, tit. 1.

[3] Consulta Perotta, Op. cit. n. 22-25; Sighele, Op. cit.

[4] Consulta C. C. Torino, 17 lug. 1868, B. XX. 1, 732.

Vi figurano in fine i testimoni, i quali confermano con la loro presenza e con la loro firma l'identità della persona del dichiarante, e sino ad un certo punto, la verità della loro dichiarazione o la celebrazione del matrimonio.

Le parti interessate, cioè quelle persone che hanno l'obbligo di procedere all'atto dello stato civile, o cui riguarda, possono farsi rappresentare da persona munita di procura speciale ed autentica (art. 354); speciale, cioè che contenga esplicitamente il potere di fare l'atto dello stato civile, perchè sia evitato ogni abuso d'interpretazione di una procura generale; autentica, cioè che sia fatta per mano di notaro, per prevenire in atti di tanta importanza la necessità di verificare la scrittura.

La stessa facoltà di farsi rappresentare è riconosciuta anche ne' testimoni. [1]

Ma tale facoltà non compete a coloro che sono tenuti di comparirvi personalmente, quali gli sposi che vogliono contrarre matrimonio (art. 354, 94, 130 e 132).

Gli atti di nascita, di matrimonio e di morte debbono esser formati nel comune del Regno in cui tali fatti accadono (art. 350). Per riguardo agli atti di nascita e di morte non deve distinguersi, se i genitori del neonato o il morto vi avessero o no il domicilio o la residenza. In questo secondo caso debbono adempiersi speciali formalità, perchè la nascita e la morte sieno registrate eziandio nel comune del domicilio o della residenza.

Anche per ciò che concerne l'atto di matrimonio, quando eccezionalmente sia celebrato fuori del comune del domicilio o della residenza di uno de' coniugi, debbono osservarsi particolari formalità al medesimo oggetto.

Gli atti e le dichiarazioni dello stato civile debbono farsi avanti l'uffiziale dello stato civile alla presenza di due testimoni, non per accrescer fede all'atto, imprimendogli l'uffiziale

---

[1] Coin-Delisle, art. 29; Demolombe, I, 284.

dello stato civile, per la sua qualità e autorità di credito irrefragabile, fede pubblica, ma per attestare la verità delle dichiarazioni che al medesimo sono fatte (art. 351). I testimoni debbono essere scelti dalle parti interessate, e in loro mancanza dall'uffiziale dello stato civile;[1] essi debbono riunire queste tre qualità; cioè, *a*) essere di sesso maschile; *b*) aver compito gli anni ventuno; senza distinguere, se per la loro legge personale abbiano o no raggiunto la maggiore età;[2] *c*) risedere nel comune in cui l'atto è formato (art. 351). Oltre queste tre condizioni non se ne richiede altra, e specialmente possono essere testimoni i parenti, i domestici e gli amici del dichiarante. Può ancora esser testimonio lo straniero che risiede in quel comune, essendo che ancor egli gode de' diritti civili (art. 3).[3]

L'uffiziale dello stato civile non può d'ufficio formare atti dello stato civile, essendo la sua autorità passiva come quella del notaro. Ma nulla gl'impedisce che, venendo a conoscere nascite e morti non dichiarate, ricordi officiosamente alle persone interessate i loro doveri, e al bisogno ne avverta eziandio il pubblico ministero, perchè co' mezzi che sono in suo potere le costringa all'adempimento de' medesimi.

Non può neppure ricevere gli atti ne' quali esso e i suoi parenti o affini in linea retta in qualunque grado, o in linea collaterale sino al secondo, intervengano come dichiaranti (art. 7 del Regolamento per gli atti dello stato civile).

Molto meno può formare l'atto del suo matrimonio (arg. *a majori* art. 94).[4]

423. Gli atti relativi allo stato civile debbono enunciare:

1º Il comune, la casa, l'anno, il giorno e l'ora in cui sono formati;

---

[1] Maleville e Coin-Delisle, art. 37, Cod. Nap.

[2] Demolombe, I, 280.

[3] Vedi sopra, n. 12; Duranton, I, 138; Aubry e Rau, I, § 59, pag. 200-201. Valette su Proudhon, I, 208; Marcadé, art. 37; Demolombe, I, 281, che prima aveva professato la dottrina contraria.

[4] Merlin, Rép. vº Actes de l'état civil, § 5, n. 8; Demolombe, I, 279.

2° Il nome e cognome, la qualità dell'uffiziale dinanzi a cui si formano;

3° Il nome e cognome, l'età, la professione e il domicilio o la residenza delle persone che vi sono indicate in qualità di dichiaranti e di testimoni, e i documenti presentati dalle parti.

Tutte queste enunciazioni sono intese a certificare con la massima precisione le persone che sono il soggetto o hanno parte nella formazione dell'atto. Molte di esse possono essere utili in caso di querela di falso mossa contro l'atto e la dichiarazione dello stato civile. Così, per esempio, l'enunciazione dell'anno, del giorno e dell'ora servirebbe a provare che la tale persona designata nell'atto non poteva esser presente alla redazione di questo nel giorno ed ora indicati.

L'uffiziale dello stato civile non può enunciare negli atti di cui è richiesto, se non quelle dichiarazioni e indicazioni che sono per ciascun atto stabilite o permesse (art. 355). Così non può enunciare nell'atto di nascita, che il figlio è nato da genitori non congiunti in matrimonio o adulteri o incestuosi (art. 376),[1] e nell'atto di morte, che questa sia stata violenta (art. 385).

Fatto l'atto, l'uffiziale dello stato civile deve darne lettura, affine di far conoscere ai dichiaranti e ai testimoni, che è stato esattamente scritto quanto da essi si è dichiarato e deposto (art. 352, capov.). La lettura deve esser fatta regolarmente nella lingua italiana, ma se per caso i dichiaranti o i testimoni non la intendano, converrà fare la lettura nella lingua, od anche nel dialetto loro proprio, altrimenti sarebbe senza scopo (art. 28 del Regolamento sugli atti dello stato civile). Dell'adempimento di tale formalità, cioè di aver dato lettura dell'atto, deve farsi menzione all'effetto che ne sia certificata l'osservanza.

424. Gli atti debbono essere sottoscritti dai dichiaranti, dai testimoni e dall'uffiziale. Se i dichiaranti o i testimoni non possano sottoscriverlo, deve farsi menzione della causa dell'impedimento (art. 353). Ove invece si rifiutino, l'uffiziale

---

[1] Vedi Marcadé, art. 34 e 35, II.

deve parimente far menzione del rifiuto, ma l'atto in tal caso sarà nullo, dovendo la dichiarazione o deposizione ritenersi per non fatta a motivo di tale rifiuto; in quanto che equivale ad una tacita negazione delle cose dette verbalmente, atteso la disposizione della legge, che prescrive l'una e l'altra siano fatte per iscritto firmato dai medesimi. Sembra però che la mancanza della firma dell'uffiziale non produca nullità dell'atto.

425. I registri dello stato civile sono tenuti in doppio originale; ossia ogni atto deve essere scritto per intero e letteralmente in due distinti registri, tanto per assicurarne maggiormente l'esattezza, quanto per tutelarne la conservazione ed evitare, il più che è possibile, le conseguenze dannose della loro perdita.[1]

I registri, prima di essere posti in uso, sono vidimati in ciascun foglio dal presidente del tribunale civile, o da un giudice del tribunale delegato dal presidente con decreto da scriversi sulla prima pagina del registro. Inoltre il presidente o il giudice delegato deve indicare nella prima pagina di quanti fogli sia composto il registro. La vidimazione de' fogli è intesa a prevenire la loro sostituzione, e la indicazione del numero ad impedirne ogni sottrazione (art. 357).

Gli atti debbono essere iscritti sui registri di seguito e senza alcuno spazio in bianco. Non vi debbono essere abbreviature, e le date debbono esser sempre scritte in lettere per disteso. Le cancellazioni e le postille debbono essere approvate e firmate prima della chiusura degli atti (art. 358).

Qualunque annotazione poi sopra un atto già iscritto nei registri, quando sia legalmente ordinata, deve esser fatta in margine di esso, a richiesta delle parti interessate, dall' uffiziale dello stato civile nei registri correnti od in quelli depositati negli archivi del comune, e dal cancelliere del tribunale

---

[1] Il registro per le pubblicazioni è tenuto in un solo originale, non contenendo che documenti riguardanti gli atti di matrimonio; esso deve essere depositato con uno degli originali dei registri di matrimonio presso il tribunale (art. 63 e 64, Regol. cit. art. 360 e 361, Cod. civ.).

nei registri depositati presso la cancelleria. Per tale effetto l' uffiziale dello stato civile ne dà avviso entro tre giorni al procuratore del Re, il quale veglia acciocchè l' autorizzazione sia fatta in modo uniforme sui due originali dei registri (art. 359).

Il procuratore del Re è incaricato di vegliare per la regolare tenuta dei registri, e può in ogni tempo verificarne lo stato (art. 365, princ.).

426. I registri debbono esser chiusi dagli uffiziali dello stato civile alla fine di ogni anno con apposita dichiarazione scritta e sottoscritta immediatamente dopo l'ultimo atto iscritto sul registro. Entro quindici giorni uno degli originali viene depositato negli archivi del comune e l'altro presso la cancelleria del tribunale (art. 360).

Il procuratore del Re deve in ogni anno procedere alla loro verificazione, quando vengono depositati nella cancelleria del tribunale; forma coll'opera del cancelliere un processo verbale dei risultati della verificazione; ordina il deposito dei registri negli archivi del tribunale; in fine promuove l' applicazione delle pene pecuniarie contro coloro che vi abbiano dato luogo, e le rettificazioni richieste dall' interesse pubblico, chiamate le parti interessate (art. 365).[1]

Le procure e le altre carte annesse agli atti dello stato civile sono munite del visto dell' uffiziale pubblico ed unite a quello dei registri originali che deve rimanere presso il tribunale, come luogo il più sicuro (art. 361).

427. Avvenendo uno dei casi espressi nell' articolo 364, il tribunale, sulla istanza del procuratore del Re, può ordinare che siano rifatti, se è possibile, gli atti omessi, distrutti o smarriti, ovvero che si supplisca alla loro mancanza con atti giudiziali di notorietà, mediante le dichiarazioni giurate almeno di quattro persone informate e degne di fede, chiamate sempre le parti interessate, e senza pregiudizio de' loro diritti, tanto

---

[1] Consulta C. C. Torino, 18 lug. 1868, B. XX, 1, 732.

nell'ordine civile pel risarcimento de'danni, quanto nell'ordine penale per l'applicazione delle relative pene (art. 366). [1]

Se venga a risultare la celebrazione di un matrimonio dinanzi ad un uffiziale dello stato civile non competente e sia perenta l'azione per impugnarlo, il tribunale, sull'istanza del procuratore del Re, può ordinare la trasmissione di una copia autentica dell'atto all'uffiziale davanti il quale si sarebbe dovuto celebrare il matrimonio (art. 366, capov.).

428. I registri dello stato civile sono pubblici; perciocchè interessa ad ogni persona di potere in qualunque tempo e circostanza dar la prova dello stato di cittadinanza o di famiglia, tanto suo, quanto degli altri co'quali abbia rapporti giuridici. Attesa tale pubblicità, gli uffiziali dello stato civile non possono ricusare gli estratti e i certificati negativi che vengono loro richiesti, e sono tenuti di fare le indagini che occorrono ai privati negli atti affidati alla loro custodia (art. 362).

È affatto indifferente che gli estratti, i certificati o le indagini sieno richieste dalle pubbliche autorità o dai privati; e che questi siano cittadini o stranieri; perciocchè anche questi ultimi possono avervi interesse. Ma neppure ai cittadini e agli stranieri è imposto l'obbligo di giustificare il legittimo interesse della loro dimanda. [2]

Gli estratti debbono contenere tutte le annotazioni che si trovano apposte all'atto originale (art. 362, capov.).

429. Gli atti dello stato civile debbono ritenersi per inesistenti, quando in essi si verifichi il difetto di qualche formalità sostanziale. Quindi è inesistente l'atto che non sia stato ricevuto dall'uffiziale dello stato civile, o che non sia stato iscritto sui registri dello stato civile. [3]

---

[1] Secondo il mio avviso, il beneficio di quest'articolo può invocarsi anche in ordine ai registri parrocchiali (Vedi la Legge, anno 1871).

[2] Aubry e Rau, I, § 57, pag. 198.

[3] Consulta, ma con discernimento, Merlin, Rép. v° Juridiction volontaire, n. 7; e v° Etat civil, § 5, n. 8; Coin-Delisle, Com. analy. art. 39 e 52; Arntz, I, 155; Demolombe, I, 279 e seg.; Laurent, II, 21-27.

Se al contrario v' ha difetto di formalità non sostanziale, come se l' atto non sia stato fatto nel termine stabilito; o non sia stato firmato dall' uffiziale dello stato civile o dai dichiaranti; o non sia stato iscritto nel proprio registro (come se un atto di nascita sia iscritto nel registro de' matrimoni); [1] o vi siano mancati i testimoni; o vi sia stato enunciato per naturale un figlio legittimo; [2] esso non è, per regola generale, soggetto a nullità, attesa la grande sua importanza riguardo allo stato delle persone, che d' altra parte sarebbe in certa guisa esposto alle conseguenze dell' ignoranza, negligenza e dolo dell' uffiziale dello stato civile. [3] Deve però essere rettificato; così per esempio, nell' ultimo caso riferito la qualità di figlio legittimo dovrà essere dichiarata con sentenza di rettificazione. [4]

In luogo però di tale sanzione, la legge civile ha stabilito pene pecuniarie, e risponsabilità pei danni (art. 404 e 405), [5] salve inoltre le disposizioni del Codice penale.

430. Gli atti dello stato civile formati nel Regno secondo le prescrizioni della legge fanno prova fino a querela di falso di ciò che l' uffiziale attesta avvenuto alla sua presenza; imperocchè esso, per la sua qualità, merita la fede pubblica (art. 363 princ.). Le dichiarazioni de' comparenti fanno fede fino a prova contraria, non essendo che semplici attestazioni di persone private, quantunque autorizzatevi dalla legge (art. cit. capov. 1°). [6]

---

[1] Brescia, 2 mar. 1866, A. I, 2, 75.

[2] Brescia, 11 giug. 1867, B. XIX, 2, 231.

[3] Dico che gli atti dello stato civile non sono *per regola generale* annullabili per difetto di forma non sostanziale: perchè da una parte non avvi disposizione di legge che la pronunzi; dall' altra nel diritto francese si volle lasciare la soluzione della quistione alla pratica sapienza della giurisprudenza; eccetto che pel matrimonio; e nulla ci autorizza a ritenere che lo stesso pensiero non informi il diritto nostro (consulta Locré, II, n. 16, 20, 24, 39; Dalloz, Rép. v° Actes de l'état civil; Laurent, II, 21-23).

[4] Brescia, 11 giug. cit.; vedi pure Brescia, 2 mar. cit.

[5] Vedi appresso n. 445.

[6] L' autorizzazione che la legge dà ad alcune persone di fare le dichiarazioni, è intesa ad escludere le altre e non a dare alle prime una qualità quasi ufficiale.

Così se un atto constati che una ostetrice alla tal ora ha dichiarato all'uffiziale dello stato civile che Giulia, moglie legittima di Cesare, ha nel tal giorno e nella tal ora partorito un figlio; che questi è stato presentato all'ufficio dello stato civile e che gli sono stati apposti i tali nomi, l'atto fatto dall'uffiziale che contiene tale dichiarazione fa fede fino a querela di falso; colla quale s'impugna che all'uffiziale sia stata fatta la dichiarazione contenuta nell'atto. La dichiarazione poi fatta dall'ostetrice fa fede sino a prova contraria, sino a che cioè non sia provato che Giulia non ha mai partorito, o in giorno ed ora diversa, o che non è moglie di Cesare. Al contrario le indicazioni estranee all'atto non hanno alcun valore, dovendo ritenersi per non fatte, siccome contrarie alle disposizioni di leggi (art. cit. capov. 2°). [1]

431. Se i registri non sieno stati tenuti, o siano stati smarriti in tutto od in parte, o vi sia stata interruzione nella tenuta dei medesimi, la prova delle nascite, dei matrimoni e delle morti può farsi tanto per documenti o per iscritture di qualsiasi genere, quanto per testimoni ed anche per presunzioni (articolo 364 princ.). [2]

Non è necessario che i documenti e le scritture, quali mezzi di prova di uno dei tre avvenimenti, appartengano ad alcuno degl'interessati; essi valgono anche allora che appartengano ai loro parenti ed anche ad estranei, come se, ad esempio, un parente od un amico abbia con lettera annunziato ad un altro, che nel tal giorno, alla tal ora nacque, sposò, o morì la tale

---

[1] Consulta Demolombe, I, 320 e seg.; Aubry e Rau, I, § 65, pag. 218-219; Marcadè, art. 45; Perotta, Op. cit. n. 68.

[2] È quistione se la disposizione dell'articolo 364 debba interpretarsi ristrettivamente o estensivamente riguardo ai casi, in cui possa farsi la prova suppletiva. I più favoriscono l'interpretazione estensiva. Ma quando si viene all'applicazione del principio, sorgono controversie innumerevoli sulla portata del medesimo, attesa la moltiplicità e la varietà de'casi, per cui si rende veramente malagevole il decidere, se essi siano o no compresi in quelli di mancata tenuta, di smarrimento o d'interruzione dei registri (Consulta fra gli altri Demolombe, I, 324 e seg.; Marcadè, art. 46; Laurent, II, 47-53; Aubry e Rau, I, § 64, pag. 215 e seg.; consulta pure Perotta, Op. cit. n. 45).

persona. In verità la disposizione di legge è generale ed assoluta (arg. *a contr.* art. 175). [1]

Parimente come testimoni possono essere sentite tutte le persone, non esclusi i genitori della persona, il cui stato si voglia provare co' mezzi suppletivi. [2]

La prova col mezzo de'testimoni e delle presunzioni può farsi, sebbene manchi principio di prova scritta o presunzioni e indizi suppletivi che rendano probabile la nascita, [3] il matrimonio o la morte di una data persona.

Il benefizio dell' articolo 364 può essere invocato per qualunque altro atto che deve essere registrato o annotato, come il riconoscimento e la dichiarazione, la legittimazione di un figlio naturale e l'adozione.

In fine può invocarsi tanto per supplire agli atti fatti nel Regno, quanto a quelli fatti in paese straniero, da trascriversi o annotarsi nei registri del Regno. [4]

Ma perchè sia ammessa la prova suppletiva col mezzo dei documenti, scritture, testimoni o presunzioni, è necessario di provare preliminarmente uno dei fatti, al cui avvenimento la

---

[1] Demolombe, I, 325. Tanto questa che la seguente decisione è controversa in Francia; ma si faccia mente alla diversa redazione del corrispondente art. 46 del Cod. Napoleonico.

[2] Demolombe, loc. cit.

[3] Valette su Proudhon, II, 102, not.; Duvergier su Toullier, II, 887, nota *a;* Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 460; Demolombe, I, 526; Aubry e Rau, IV, § 544, pag. 550 testo e nota 21; Bertauld, Quest. et except. préjudicielles n. 23: *contro* Toullier, I, 247 e II, 885; Duranton, I, 295; Marcadé, art. 46, IV; Demante, I, 91 bis, V. Come nel Codice Napoleonico, così nel nostro la conciliazione dell' art. 364 coll' art. 174, non può farsi che escludendo da questo l'ipotesi della mancanza, distruzione, smarrimento e interruzione dei registri. Quando questi esistano e la tenuta sia regolare, si richiede il principio di prova scritta o le presunzioni e indizi suppletivi; perciocchè contro quello che in quest' ultima condizione di cose reclama lo stato di filiazione, v'ha giustamente diffidenza.

[4] Duranton, I, 341; Demolombe, I, 327 e seg.; Aubry e Rau, I, § 66, pag. 222.

legge subordina l'ammissione della prova suppletiva; cioè la mancanza, la distruzione, lo smarrimento o l'interruzione dei registri.

La prova preliminare della mancanza, distruzione, smarrimento o interruzione dei registri non è ammessa, quando tali fatti sieno accaduti per dolo del richiedente; presumendosi a ragione che la prova che désse, sarebbe stata del tutto contraddetta dagli atti dello stato civile; perciocchè altrimenti non avrebbe commesso sì grave reato. Adunque per esso non v'ha rimedio per provare la nascita, il matrimonio o suo o d'altri, o la morte di altri che gl' interessava di provare. Ma qualunque altra persona potrebbe valersi del benefizio del citato articolo 364, non solo contro di lui, ma anche quando la prova fatta giovasse indirettamente al medesimo; così, per esempio, se un suo fratello provasse la morte del comune genitore, che era iscritta nei registri distrutti da lui, egli consuccederà a questo con suo fratello.

432. Le disposizioni che regolano gli atti dello stato civile, riguardanti il Re e le persone della famiglia reale, sono queste due. In primo luogo il presidente del Senato, assistito dal notaio della Corona, adempie le funzioni di uffiziale dello stato civile per gli atti di nascita, di matrimonio e di morte del Re e delle persone della famiglia reale (art. 369).

In secondo luogo gli atti debbono essere inscritti sopra un doppio registro originale, l'uno de' quali è custodito negli archivi generali del Regno e l'altro negli archivi del Senato, a norma dell' articolo 38 dello Statuto (art. 370).

433. Se i cittadini si trovano fuori del Regno, hanno la facoltà di formare gli atti dello stato civile secondo le forme stabilite dalla legge del luogo, dove li fanno (arg. art. 367 princ.), oppure di farli ricevere dai regii agenti diplomatici o consolari, purchè si osservino le forme stabilite dal Codice civile (art. 368 princ.).[1] Questa facoltà non è concessa che ai soli cittadini, e per atti che

---

[1] Consulta Perotta, Op. cit. n. 292 e seg.

interessano solamente cittadini. Quindi il matrimonio fra un cittadino ed uno straniero non può esser celebrato alla presenza de'regii agenti diplomatici o consolari, ma della competente autorità del luogo. [1]

Nella prima ipotesi, il cittadino che ha fatto procedere ad uno di tali atti deve rimetterne entro tre mesi copia al regio agente diplomatico o consolare di più vicina residenza, salvo che preferisca trasmetterla direttamente all'ufficio dello stato civile indicato nell'articolo 368 (art. 367, capov.). Nella seconda ipotesi i regii agenti diplomatici o consolari, e gli uffiziali che ne fanno le veci, devono, entro tre mesi, trasmettere copia degli atti anzidetti a loro consegnati o da loro ricevuti al Ministero degli affari esteri (art. 368, capov.).

Gli atti formati in paese straniero a norma delle esposte regole hanno lo stesso valore di prova che quelli fatti nel Regno (art. 367).

È applicabile a tali atti la disposizione dell'articolo 364 riguardante la prova suppletiva col mezzo di documenti, scritture e testimoni in caso di mancanza, distruzione, smarrimento o interruzione dei registri. [2]

Che anzi, se secondo la legge del paese straniero la nascita, il matrimonio e la morte possono provarsi con testimoni indipendentemente affatto da registri o da ogni principio di prova scritta, la medesima prova e ne'medesimi termini sarà ammessa nel Regno (art. e arg. art. 9, Disp. prelim.). [3]

---

[1] Vedi sopra, n. 156; Merlin, Rép. v° État civil, § 2, n. 2 e 3; Demolombe, I, 312; Aubry e Rau, I, § 66, pag. 222; Marcadé, art. 48.

[2] Vedi sopra, n. 431.

[3] Aubry e Rau, loc. cit.

CAPO II.

DEGLI ATTI DI NASCITA E DI RICOGNIZIONE DELLA FILIAZIONE

SOMMARIO

434. Le regole riguardanti gli atti di nascita differiscono fra loro, secondo che si tratta di nascite avvenute in circostanze ordinarie o in circostanze straordinarie.

Incominciando dalle nascite avvenute in circostanze ordinarie, la dichiarazione di esse deve esser fatta nei cinque giorni successivi al parto. [1] Trascorsi cinque giorni, la dichiarazione non può farsi se non osservato il procedimento stabilito per la rettificazione degli atti dello stato civile, cioè dietro sentenza del tribunale che autorizzi a ciò fare (art. 372). [2]

L'atto di nascita deve essere steso immediatamente dopo la dichiarazione (art. 373, capov. ult.). [3]

---

[1] È chiaro che nel computo dei cinque giorni non deve essere compreso quello in cui avvenne il parto, giusta la regola *dies a quo non computatur in termino*, formalmente applicata dalla legge colla espressione, nei cinque giorni *successivi* al parto.

[2] Consulta il Proc. verb. 21, I.

[3] Consulta Demolombe, I, 292; Aubry e Rau, I, § 60, pag. 204; ma avverti che il Codice Napoleonico manca di disposizione corrispondente a quella del nostro art. 372.

La dichiarazione della nascita deve esser fatta all'uffiziale del luogo in cui è avvenuta, quand'anche i genitori o la madre del neonato non vi abbiano nè domicilio, nè residenza. Ma in questo secondo caso l'uffiziale che ha ricevuto l'atto, ne deve trasmettere entro dieci giorni una copia autentica all'uffiziale dello stato civile del comune in cui i genitori hanno il domicilio o la residenza. Tale copia deve essere inserita ne' registri colla data del giorno in cui gli è pervenuta (art. 379).

Nel fare la dichiarazione della nascita deve essere presentato il neonato all'uffiziale dello stato civile nel suo uffizio (art. cit.); affinchè questi possa di persona constatare la verità della nascita e il sesso del neonato. Ma può per circostanze gravi dispensare dalla presentazione di questo, accertandosi altrimenti della verità della nascita; per esempio, col recarsi, o col mandare un ostetrico nel luogo medesimo della nascita (art. cit. capov.). La decisione sulla gravità delle circostanze è lasciata interamente al suo giudizio. Del resto, quand'anche abbia conceduto tale dispensa per circostanze assolutamente lievi od anche per semplice compiacenza, l'atto non cesserà di essere perfettamente valido, purchè corrisponda alla verità della nascita. [1]

435. La dichiarazione di nascita deve essere fatta dal padre o da un suo procuratore speciale, dal dottore di medicina o chirurgia, dalla levatrice, o da qualche altra persona che abbia assistito al parto; e se la puerpera era fuori della sua ordinaria abitazione, dal capo della famiglia, o dall'uffiziale delegato dello stabilimento in cui ebbe luogo il parto (art. 373 princ.). Ma a tutte queste persone non è imposto simultaneamente, sibbene successivamente l'obbligo di fare la dichiarazione. Pertanto prima che a ogni altro tale obbligo incombe al padre, sia legittimo, sia naturale; ma in questo secondo caso solo in quanto lo voglia, perciocchè egli è libero di non riconoscere il figlio. Non rileva punto che la madre abbia partorito nel suo domicilio, nella residenza o in altro luogo. In mancanza del padre, sia perchè premorto, assente o impotente,

---

[1] Aubry e Rau, I, § 60, pag. 200, 208.

sia perchè la madre del neonato non maritata, deve distinguersi se la madre abbia partorito nella sua ordinaria abitazione o fuori. Nel primo caso l'obbligo della dichiarazione incombe simultaneamente al dottore di medicina o chirurgia, alla levatrice e a qualunque altra persona abbia assistito al parto.[1] Nel secondo caso l'obbligo incombe al capo della famiglia, sia uomo sia donna, o all'uffiziale delegato dello stabilimento in cui ebbe luogo il parto; in loro mancanza o impotenza, vi sono tenuti i dottori, le levatrici e gli altri assistenti (art. 373).[2]

Oltre che da queste persone, la dichiarazione di nascita può esser fatta anche dalla madre del neonato e da persona munita di suo speciale mandato (art. 373, capov. 1°). Ma mentre le persone superiormente nominate hanno l'obbligo, questa ha una pura facoltà; e conseguentemente quelle e non questa possono incorrere nella pena stabilita dall'articolo 404 del Codice civile e dall'articolo 521 del Codice civile penale, per garanzia dell'osservanza di tale obbligo.

La dichiarazione di nascita fatta da altre persone non deve essere ricevuta dall'uffiziale dello stato civile.

436. Le enunciazioni che deve contenere l'atto di nascita sono o generali o speciali. Le enunciazioni generali sono il comune, la casa, il giorno e l'ora della nascita, il sesso del neonato e il nome che gli è stato dato.[3] Se il dichiarante non dà nome al neonato deve supplirvi l'uffiziale dello stato civile (art. 374 princ.); esso però non può imporgli nomi che muovano a riso o lascino sospettarne la illegittima origine, come *Trovatore Vattelcerca*.[4]

---

[1] C. C. Paris, 12 nov. 1859; *contro* Demolombe, I, 293; Duranton, I, 258, nota. Questi dottori pensano che i medici e le levatrici sieno tenuti a motivo delle qualità delle loro funzioni a fare la dichiarazione prima degli altri assistenti. Ma i termini stessi della legge non consentono questa gradazione; d'altronde l'obbligo della dichiarazione deriva dal fatto dell'assistenza.

[2] Merlin, Rép. v° Déclaration de naiss. n. 10; Duranton, I, 312; Demolombe, loc. cit.; Aubry e Rau, I, § 60, pag. 202; Marcadé, art. 56.

[3] Consulta il Proc. verb. 24, I, 9° intorno alle quistioni sulla scelta de' nomi da darsi ai neonati.

[4] Brescia, 4 giug. 1867, A. I, 2, 202.

Le enunciazioni speciali sono varie secondo i casi. Se la nascita è da unione legittima, la dichiarazione deve enunciare il nome e cognome, la professione e il domicilio del padre e della madre (art. 375). Al contrario se la nascita è di unione illegittima, la dichiarazione non può enunciare che il nome e cognome, la professione e il domicilio del genitore e dei genitori dichiaranti (art. 376 princ.); semprechè essi medesimi dichiarino la loro paternità o maternità e questa non sia nè adultera nè incestuosa, non essendo ammesso a danno del figlio il riconoscimento della sua filiazione adulterina o incestuosa, nè dovendosi un pubblico uffiziale prestare a ricevere la confessione impudente che adulteri o incestuosi vogliano fare delle proprie turpitudini.[1] Ove essi tacciano sulla loro qualità, o facciano le loro dichiarazioni, quasi persone estranee, per esempio, come semplici assistenti al parto, l'uffiziale non può enunciare il nome e cognome de' medesimi, quali genitori del neonato, quantunque d'altronde gli consti che tali in verità sieno i dichiaranti.[2] Che se poi la dichiarazione è fatta da altre persone, non può essere enunciato che il nome e cognome della madre, quando però consti per atto autentico che questa acconsenta alla dichiarazione. L'atto autentico è richiesto per evitare ogni abuso che far si potesse del nome di qualsiasi donna, e specialmente di quella che fu resa madre.

Se il parto è gemello, deve farsene menzione in ciascuno dei due atti di nascita redatti per ognuno dei neonati. Deve pure essere indicato chi nacque primo, chi secondo (art. 374, capov. 2º). La stessa disposizione è applicabile, *mutatis mutandis*, nel caso del parto tergemino.

Finalmente quando al momento della dichiarazione della nascita il bambino non fosse vivo, l'uffiziale dello stato civile deve esprimere anche questa circostanza, senza tener conto

---

[1] Demolombe, I, 29; Duranton, I, 316; Aubry e Rau, § 60, pag. 202. Ma se fosse dichiarato essere il figlio nato da una donna maritata e da un uomo non marito di lei, il nome della madre deve essere indicato, perchè può essere padre il marito di costei.

[2] Demolombe, I, 298.

della dichiarazione che si facesse dai comparenti, che il bambino sia nato vivo o morto; affine di non istabilire un mezzo di prova di tali fatti nell'interesse forse de' dichiaranti e a danno di altri (art. 374, capov.).[1]

437. Passando ora alle nascite avvenute in circostanze straordinarie, noterò innanzi tutto, consistere esse nel trovamento di un bambino; nella consegna di un bambino ad un pubblico ospizio; e finalmente nella nascita di un bambino durante un viaggio di mare.

Nel primo caso la legge prescrive che chiunque trovi un bambino è tenuto a farne la consegna all'uffiziale dello stato civile colle vesti e cogli altri oggetti ritrovati presso il medesimo, e a dichiarare tutte le circostanze del tempo e del luogo, in cui sia stato ritrovato. Della consegna deve stendersi un circostanziato processo verbale, che deve inoltre enunciare l'età apparente del bambino, il sesso, il nome che gli è dato e l'autorità civile a cui viene consegnato. Questo processo verbale deve essere iscritto sui registri (art. 377).

Nel secondo caso la direzione del pubblico ospizio, al quale il fanciullo sia stato consegnato, deve, per mezzo di uno de' suoi impiegati di ciò incaricato, trasmettere la dichiarazione scritta nei tre giorni successivi all' uffiziale dello stato civile del comune in cui è stabilito l'ospizio, indicando il giorno e l'ora in cui fu raccolto il fanciullo esposto, il sesso, l'età apparente e gli oggetti ritrovati presso il medesimo. L'amministrazione deve pure indicare all'uffiziale dello stato civile il nome e cognome dato al fanciullo e il numero d'ordine in cui è iscritto (art. 378).

Finalmente nel terzo caso, cioè di nascita di un bambino durante un viaggio di mare, l'atto di nascita deve formarsi entro le ventiquattr'ore, sui bastimenti della regia marina, dal commissario di marina o da chi ne fa le veci, e sui bastimenti di privata proprietà, dal capitano o padrone della nave, o da chi ne fa le veci. L'atto di nascita deve essere iscritto a piè

---

[1] Consulta il Proc. verb. 21, I.

del ruolo dell'equipaggio (art. 380). Quindi nel primo porto cui approderà il bastimento, se il porto è in paese estero o vi risieda un regio agente diplomatico o consolare, il commissario di marina, il capitano od il patrone sono tenuti a depositare presso di lui copia autentica degli atti di nascita che avranno fatti; e se il porto è nel Regno, sono tenuti a depositare gli atti originali presso l'autorità marittima; la quale ne fa la trasmissione all' uffiziale dello stato civile indicato nell' art. 368 (art. 381).

438. Gli atti riferibili all' atto di nascita da iscriversi o annotarsi nei registri sono:

1º L' atto di riconoscimento di un figlio, in qualunque modo fatto (art. 382).[1] Quest' atto deve essere iscritto nei registri coll' indicazione della sua data, e deve farsene menzione in margine dell' atto di nascita, quando vi sia (art. 382). Come l' atto di riconoscimento, deve essere ancora iscritta la sentenza di dichiarazione tanto della paternità quanto della maternità.[2] Non deve distinguersi se il riconoscimento o la dichiarazione servano o no a produrre la legittimazione per susseguente matrimonio. Molto più deve essere annotata in margine all' atto di nascita la sentenza che dichiari la legittimità di un figlio indicatovi come semplicemente naturale;[3]

2º Il decreto reale di legittimazione. Questo per cura delle parti interessate deve essere annotato in margine all' atto di nascita del figlio (art. 200);

3º Il decreto della Corte che ammette l' adozione. Esso deve essere annotato in margine dell' atto di nascita dell' adottato nei registri dello stato civile (art. 219).

---

[1] Vedi Marcadé, art. 62.

[2] L' art. 382 tace della dichiarazione, ma la sua disposizione per identità di ragione deve estendersi alla dichiarazione, che è in tutto eguale al riconoscimento.

[3] Vedi sopra, n. 153.

CAPO III.

DEGLI ATTI DI MATRIMONIO

SOMMARIO

439. Enunciazioni che deve contenere l'atto di matrimonio. Rinvio. Annotazione della sentenza che pronunzia la nullità del matrimonio, divenuta che sia irrevocabile.

439. L'atto di matrimonio deve contenere parecchie enunciazioni, che furono superiormente indicate (art. 383). [1]

Resta qui a dire che la sentenza irrevocabile, la quale pronunzia la nullità del matrimonio, deve, per cura del cancelliere del tribunale o della Corte che l'ha pronunziata e a spese dell'attore, essere trasmessa in copia autentica all'uffizio dello stato civile del comune in cui esso fu celebrato. Di questa sentenza deve farsi annotazione in margine all'atto di matrimonio (articolo 384).

CAPO IV.

DEGLI ATTI DI MORTE

SOMMARIO

440. Che cosa debba certificare l'atto di morte: il fatto della morte e l'individualità della persona morta. Regole che ne derivano. Autorizzazione necessaria per dar sepoltura ai cadaveri.

441. Quali enunciazioni debba contenere l'atto di morte. Dall'uffiziale di qual luogo debba essere steso l'atto di morte. *Quid juris*, se il defunto non avesse avuto quivi la residenza?

442. Regole speciali da osservarsi in caso di morte avvenuta in ospedali, collegi, prigioni, case di arresto e detenzione; in caso di morte sospettata violenta; in caso di morte di persone i cui cadaveri non possono rinvenirsi o riconoscersi; in caso di morte eseguita dalla giustizia; in caso di morte avvenuta in mare.

440. L'atto di morte deve certificare il fatto della morte e l'individualità della persona morta. Di qua le varie regole che andiamo a vedere.

---

[1] Brescia, 11 giug. 1867. B. XIX, 2, 331.

Innanzi tutto non può darsi sepoltura, se non precede l'autorizzazione dell'uffiziale dello stato civile. L'uffiziale dello stato civile non può accordare tale autorizzazione, se non dopo essersi accertato della morte, o personalmente o per mezzo di un suo delegato, e dopo trascorse ventiquattr'ore dalla morte medesima, salvi i casi espressi nei regolamenti speciali (art. 386). L'atto di morte deve stendersi dall'uffiziale dello stato civile dopo la dichiarazione de'due testimoni che ne sieno informati, senza aver riguardo se sieno parenti o no della persona defunta, e se posseggano o no le condizioni richieste dall'articolo 351; perciocchè essi sono dichiarati nell'atto testimoni della morte e non dell'atto di questa (art. 386). [1]

Quando si fosse data sepoltura ad un cadavere senza l'autorizzazione del pubblico uffiziale, non deve esser ricevuto l'atto di morte, se non dopo sentenza del tribunale; imperocchè l'uffiziale dello stato civile non ha modo di assicurarsi della morte, nè ha qualità per fare un'inchiesta o per procedere al dissotterramento del cadavere. Questa sentenza può essere provocata da ogni persona interessata, quali, per esempio, i parenti, e in mancanza, dal pubblico ministero; perocchè interessa eziandio alla società di constatare la morte di un individuo. Tale sentenza deve essere iscritta ne' registri (art. 392). [2]

441. L'atto di morte deve enunciare:

1° Il luogo, il giorno e l'ora della morte;

2° Il nome e cognome, l'età, la professione e il domicilio o la residenza del defunto;

3° Il nome e cognome del coniuge superstite, se la persona defunta era congiunta in matrimonio, o del predefunto coniuge, se era vedova;

4° Il nome e cognome, l'età, la professione e il domicilio dei dichiaranti.

---

[1] Rief, n. 267; Aubry e Rau, I, § 64, pag. 205, testo e nota 2; *contro* Demolombe, I, 303; Ducaurroy, Bonnier e Roustaing, I, 142.

[2] Vedi il Proc. verb. 21, I, 11°.

Inoltre lo stesso atto deve enunciare, per quanto si possano sapere, il nome e cognome, la professione e il domicilio del padre e della madre del defunto ed il luogo della sua nascita (art. 387).

L'atto di morte deve essere steso dall'uffiziale dello stato civile del luogo nel quale è avvenuta la morte (art. 350). Ma se sia avvenuta in luogo diverso da quello della residenza del defunto, l'uffiziale dello stato civile che riceve la dichiarazione di morte deve trasmettere entro dieci giorni copia dell'atto all'uffizio dello stato civile del comune in cui il defunto aveva la sua residenza (art. 397). La trasmissione dell'atto deve farsi in tutti i casi, qualunque sia il genere della morte, e in qualunque luogo accada. [1]

442. Debbono poi osservarsi regole speciali in casi particolari determinati dalla legge. In vero questa prescrive:

Che in caso di morte in un ospedale, collegio od altro qualsiasi istituto, il superiore o chi ne fa le veci, è tenuto a trasmetterne l'avviso, colle indicazioni stabilite nell'articolo 378, nel termine di ventiquattr'ore, all'uffizio dello stato civile (art. 388); e nel caso che muoia alcuno nelle prigioni, o nelle case di arresto o di detenzione, l'avviso all'uffiziale dello stato civile deve esser dato immediatamente dai custodi o carcerieri (art. 393);

Che nel caso in cui risultino segni o indizi di morte violenta, o siavi luogo a sospettarla per altre circostanze, non si può seppellire il cadavere se non dopo che l'uffiziale di polizia giudiziaria, assistito da un medico o chirurgo, abbia steso il processo verbale sopra lo stato del cadavere e le circostanze relative, come anche sopra le notizie che avrà potuto raccogliere sul nome e cognome, sull'età e professione e sul luogo di nascita e domicilio del defunto (art. 389). Cotesto uffiziale deve immantinente trasmettere all'uffiziale dello stato civile del luogo, dove sarà morta la persona, le notizie enunciate nel suo processo verbale, in conformità delle quali deve

[1] Demolombe, I, 307.

stendersi l'atto di morte (art. 390). A quest'oggetto si reputa violenta la morte di una o più persone, avvenuta simultaneamente a cagione di un disastro nelle ferrovie, d'inondazione, terremoto, incendio, franamento o di altri avvenimenti straordinari; [1]

Che nel caso di morte, senza che sia possibile rinvenire o di riconoscere i cadaveri, il sindaco od altro pubblico uffiziale ne stende processo verbale, e lo trasmette al procuratore del Re, per cura del quale, dopo ottenuta l'autorizzazione del tribunale, il detto processo viene annesso al registro dello stato civile (art. 391). Questa disposizione abbraccia tutti gli avvenimenti calamitosi che possono cagionare morti, come incendi, inondazioni, terremoti, franamenti e simili.

Che nel caso di esecuzione di sentenza di morte, i cancellieri sono tenuti, entro ventiquattr' ore dalla esecuzione, a trasmettere all' uffiziale dello stato civile del luogo, dove sia stata eseguita, tutte le notizie da enunciarsi nell'atto di morte; e in conformità di queste deve stendersi l'atto di morte (articolo 394);

E finalmente che nel caso di morte avvenuta in un viaggio di mare sono da osservare per la redazione degli atti di morte le regole medesime riguardanti gli atti di nascita avvenuta parimente in un viaggio di mare (art. 396 princ. e 380, 381). Ma quando per naufragio di una nave siano perite tutte le persone dell' equipaggio e tutti i passeggieri, l'autorità marittima, accertato che sia l'infortunio, ne fa inserire una dichiarazione autentica nei registri di ciascuno dei comuni a cui appartenevano le persone morte. Nel caso poi che siasi perduta una parte dell'equipaggio o della gente imbarcata, e fra coloro che perirono siano compresi gli uffiziali sovra indicati, gli atti di morte sono formati dai regii consoli all' estero, o dalle autorità marittime nel Regno sulle dichiarazioni dei superstiti (art. 396, capov. 1° e 2°).

---

[1] Process. verb. 21, I, 12°.

Anche in queste ipotesi, eccettuata quella di morte sospettata violenta, l'atto di morte deve esser fatto dopo la dichiarazione di due testimoni che ne sieno informati. Ma l'uffiziale non è tenuto a rigore di accertarsi personalmente o di fare accertare la morte, quando gli è attestata da persone autorevoli ed anche uffiziali. [1]

Resta da notare che in qualunque caso di morte violenta, di qualunque genere, come suicidio, duello, omicidio, assassinio, e in qualunque luogo avvenuta, o nelle prigioni e case di arresto, o di esecuzione delle sentenze di morte, non deve farsi nei registri veruna menzione di tali circostanze, e gli atti di morte devono essere semplicemente stesi nella forma comune stabilita dall'articolo 387.

CAPO V.

DEGLI ATTI DELLO STATO CIVILE DEI MILITARI IN CAMPAGNA

SOMMARIO

443. Le funzioni di uffiziale dello stato civile per gli atti concernenti i militari in campagna, o le persone impiegate al seguito delle armate, come intendenti, telegrafisti e simili, sono adempiute dagl'impiegati designati nei regolamenti (art. 398). Nulla rileva che la campagna sia nel Regno o fuori (art. 398).

Le dichiarazioni, così di nascita come di morte, devono essere fatte nel più breve termine e contenere le indicazioni stabilite nei Capi precedenti di questo Titolo (art. 399).

Infine gli uffiziali che compiono le funzioni relative allo stato civile, sono tenuti ad inviare gli atti da essi ricevuti al

---

[1] Demolombe, I, 307; Marcadè, art. 82-84.

Ministero della guerra o della marina, per cura del quale devono essere trasmessi all'uffiziale dello stato civile indicato nell'articolo 368 (art. 400). Ma ci sembra che nulla osti a che i militari, i quali si trovassero in campagna in paese straniero, facciano ricevere gli atti o dai consoli o agenti diplomatici italiani o anche dalle autorità straniere. [1]

CAPO VI.

DELLA RETTIFICAZIONE DEGLI ATTI DELLO STATO CIVILE

SOMMARIO

444. Malgrado le molte e sagge precauzioni prese dalla legge, per dare agli atti dello stato civile una forma che renda la loro testimonianza irrefragabile, può avvenire che per effetto d'ignoranza, di negligenza od anche di dolo, questi atti sieno affetti da qualche irregolarità; così, per esempio, i cognomi possono essere male scritti e i nomi omessi; può essersi enunciata una cosa che doveva essere taciuta, e non enunciatane una che doveva esser detta. Ciò avvenendo, gli atti, come si diceva, non sono in generale colpiti da nullità; ma debbono essere rettificati, cioè emendati di ogni irregolarità. [2]

Le dimande possono essere promosse dal regio procuratore, quando la rettificazione sia d'interesse pubblico. V'ha interesse

---

[1] Coin-Delisle, n. 5; Richelot, 194; Demolombe, I, 315; *contro* Merlin, Rép. v° Etat civ. § 3; Duranton, I, 332; Marcadè, art. 88; Valette su Proudhon, I, 234; Aubry e Rau, I, 66, pag. 223, testo e nota 11. Ma questa opinione più comune è basata in Francia sul famoso detto di Napoleone I, pronunziato nella discussione degli atti dello stato civile de' militari che *« là où est le drapeau, là est aussi la France »*; talchè si finge che i militari sieno in Francia, benchè in fatto si trovino in paese straniero.

[2] Vedi sopra, n. 429.

pubblico, quando l'atto dello stato civile contenga enunciazioni contrarie a leggi d'ordine pubblico, come se per esempio, sveli un incesto o un adulterio; o quando l'atto errato e omesso possa o debba servire per qualche affare d'ordine pubblico, come se miri colla sua irregolarità a sottrarre un cittadino dall'obbligo della leva. Avvi in fine interesse pubblico, quando la rettificazione sia resa necessaria da irregolarità commessa dall'uffiziale dello stato civile;[1] così, per esempio, il pubblico ministero può d'ufficio domandare la rettificazione dell'atto di nascita, in cui l'uffiziale dello stato civile abbia imposto al neonato nomi che muovano al riso o lascino sospettarne la illegittimità.[2]

Le medesime domande possono essere promosse da qualsiasi persona che vi abbia interesse; il quale non è necessario che sia pecuniario, bastando anche il solo morale.[3] L'uffiziale dello stato civile e i dichiaranti non sono in tali semplici qualità parti interessate; cosicchè, per esempio, se il primo in una sentenza di rettificazione sia condannato ad una multa, non potrà appellare dalla medesima che pel capo che lo riguarda.[4]

Il tribunale, nel giudicare intorno alla rettificazione degli atti, deve chiamare le parti interessate, sotto pena di nullità.[5]

Ove sia insorta una quistione di stato; bisogna attendere la decisione irrevocabile della medesima, per procedere alla rettificazione dell'atto dello stato civile.

La rettificazione può essere dimandata contro qualunque atto che non enunzia affatto o indica male ciò che dovrebbe' o che enunzia cose che non dovrebbe.

---

[1] Brescia, 22 marzo 1866, A. I, 2, 76.
[2] Brescia, 4 giug. 1867, A. I, 2, 202.
[3] Demolombe, I, 333; Marcadé, art. 99, II.
[4] Consulta C. C. Torino, 18 lug. 1868, sopra cit.
[5] C. C. Torino cit.

La domanda di rettificazione deve esser proposta davanti il tribunale da cui dipende l'uffizio dello stato civile, ove si trova l'atto di cui si chiede la rettificazione (art. 401).

Ma ciò non impedisce che, se l'errore o l'irregolarità sieno avvertiti nel momento stesso della redazione dell'atto, possano correggersi dall'uffiziale dello stato civile, presenti i dichiaranti e i testimoni, senza ricorrere al processo della rettificazione. In effetto se neppure tali emendamenti fossero permessi all'uffiziale dello stato civile, non si saprebbe come i registri possano contenere cancellazioni e postille che pure sono previste (art. 358).

La sentenza di rettificazione non può mai essere opposta a quelli che non concorsero a dimandarne la rettificazione o non furono regolarmente chiamati nel giudizio (art. 402).

Le sentenze di rettificazione, passate in giudicato, devono per cura di chi le ha promosse essere depositate in copia autentica all'uffizio dello stato civile ove si trova l'atto rettificato. L'uffiziale dello stato civile poi deve fare annotazione della rettificazione in margine dell'atto cui riguarda, cioè di nascita, di ricognizione, di adozione, di matrimonio e di morte (art. 403). Ma l'atto si lascia intatto e quale è scritto.

CAPO VII.

DISPOSIZIONI PENALI

SOMMARIO

445. Siccome fu superiormente accennato,[1] la legge, per meglio assicurare l'osservanza delle leggi civili degli atti dello stato civile, infligge la pena pecuniaria di lire dieci a lire dugento

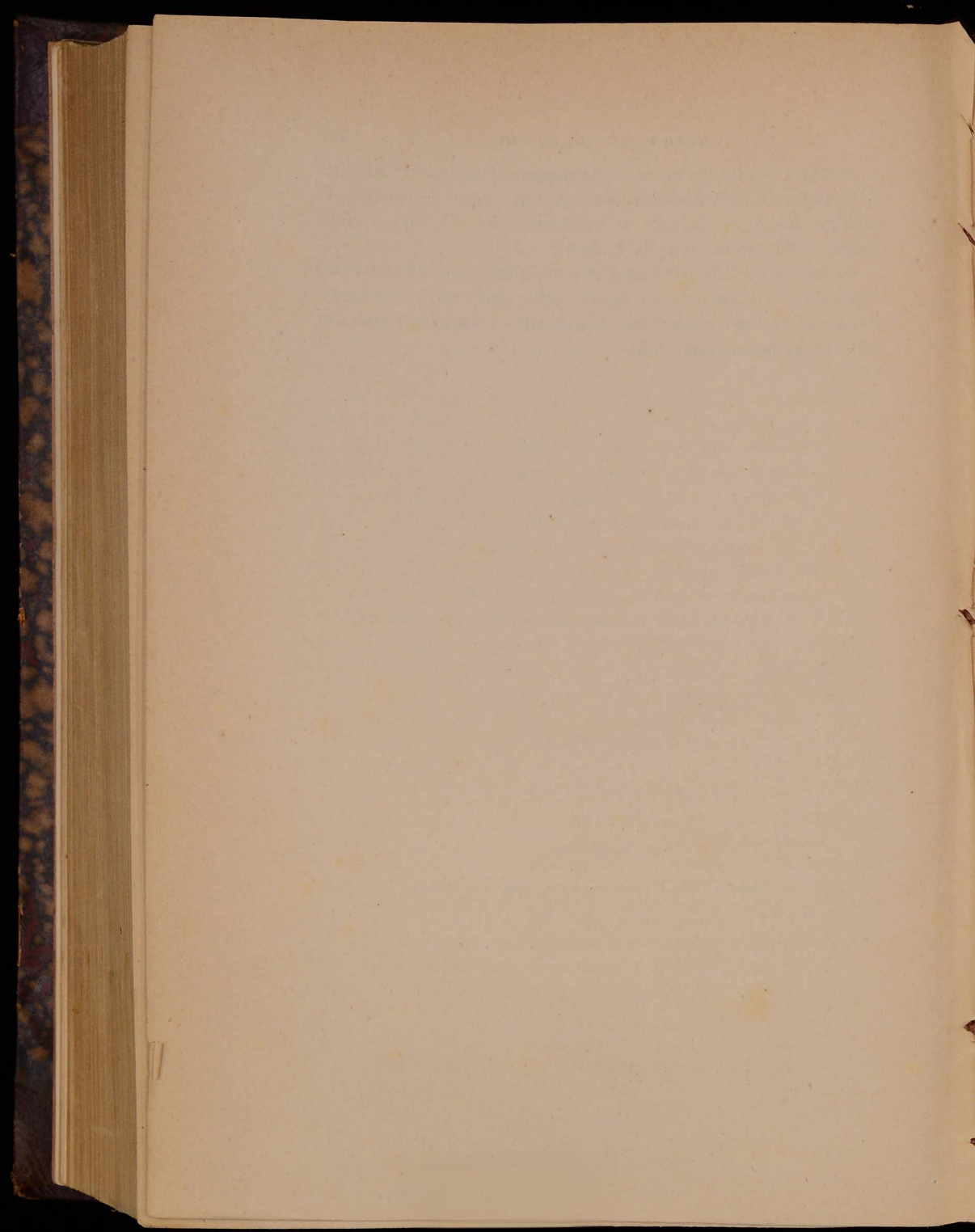
[1] Vedi sopra, n. 429.

a chiunque contravviene alle disposizioni concernenti gli atti dello stato civile. La relativa azione deve essere promossa dal pubblico ministero innanzi al tribunale civile da cui dipende l'uffizio dello stato civile (art. 404).

Inoltre, come fu pur notato,[1] ogni alterazione od omissione colpevole negli atti e nei registri dello stato civile dà luogo all'azione di risarcimento dei danni, oltre le sanzioni stabilite dalle leggi penali (art. 405).

---

[1] Vedi sopra, n. 427.

FINE

INDICE

DELLE MATERIE

CONTENUTE IN QUESTO VOLUME

LIBRO I.